

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدانا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْنَا وَرَحْمَتُهُ إِنَّ اللَّهَ لَشَدِيدُ الْعِقَابِ

منتدى إقرأ الثقافي

المطبعة: الطهراني - عربي - فارسي

www.iqra.ahlamontada.com

الْمَدْحُ
لِلْإِسْلَامِ
فِي قُرْآنِهِ
وَفِي شَرِّحِهِ
وَفِي تَرْجُمَتِهِ

أَكْبَرُ
مُعَلِّمِي الْأُمَّةِ الْأَرْبَعِ
الْأَسْتَاذِ الْمُتَمَرِّسِ فِي الشَّرِيعَةِ وَالْقَاوِمِ

الطبعة الأولى ٢٠١٤

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد

تأليف

الدكتور مصطفى إبراهيم الزلي
الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديقي كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٢٠ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-023-9
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ
طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ
وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا
إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾

سورة التوبة/ ١٢٢

(مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ
فِي الدِّينِ)

رواه البخاري

الفهرس

١٠	المقدمة
	الفصل الأول
١٣	الشرعة
١٦	المبحث الأول: القرآن الكريم
١٦	المطلب الأول: التعريف بالقرآن الكريم
٢٢	المطلب الثاني: الفقه الإسلامي وصلته بالشرعة
٢٥	المطلب الثالث: القانون وصلته بالشرعة والفقه الإسلامي
٣٠	المبحث الثاني: السنة النبوية
٣٠	المطلب الأول: التعريف بالسنة النبوية
٣٨	المطلب الثاني: وظائف السنة النبوية
	الفصل الثاني
٤٥	الحكم الشرعي
٤٨	المبحث الأول: الحكم الشرعي التكليفي
٥١	المبحث الثاني: الحكم الشرعي الرضعي
	الفصل الثالث
٥٥	المصادر الكاشفة للأحكام الشرعية
٥٦	المبحث الأول: المصادر الكاشفة النقية
٦٢	المبحث الثاني: المصادر الكاشفة العقلية
	الفصل الرابع
٧٣	الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد
٧٥	المبحث الأول: الفقه نشأته وتطوره
٧٩	المبحث الثاني: أئمة المذاهب الفقهية للدولة
٨٣	المبحث الثالث: الاجتهاد والتقليد

الفصل الخامس

٨٩..... فلسفة العبادات في الإسلام

٩١..... المبحث الأول: فلسفة العبادات البدنية المحضة

٩٦..... المبحث الثاني: فلسفة العبادات المالية المحضة (الزكاة)

١٠١..... المبحث الثالث: فلسفة العبادات المختلطة (الحج)

الفصل السادس

١٠٥..... المعاملات المالية

١٠٧..... المبحث الأول: المال وأنواعه

١١٣..... المبحث الثاني: العقد عناصره وأنواعه

١١٤..... المطلب الأول: عناصر العقد

١١٧..... المطلب الثاني: أنواع العقد

١٢٢..... المبحث الثالث: آثار العقد

١٢٢..... المطلب الأول: التعريف بالحق المالي

١٢٤..... المطلب الثاني: الالتزام المالي

١٣٢..... المبحث الرابع: أهلية الالتزام وعوارضها

١٣٢..... المطلب الأول: التعريف بالأهلية

١٣٥..... المطلب الثاني: عوارض الأهلية

الفصل السابع

١٣٩..... شؤون الأسرة (الأحوال الشخصية)

١٤٠..... المبحث الأول: الزواج وما يتعلق به

١٤٥..... المبحث الثاني: الطلاق وما يتعلق به

الفصل الثامن

١٤٩..... الجرائم والعقوبات

١٥١..... المبحث الأول: جرائم الحدود

١٥٦..... المبحث الثاني: جرائم القصاص والدية

١٥٩..... المبحث الثالث: جرائم التعازير

الفصل التاسع

١٦١..... العلاقات التي تخضع للقانون العام

١٦٢.....	المبحث الأول: أسس العلاقات الدولية
١٦٦.....	المبحث الثاني: أحكام العلاقات الدولية
١٧٢.....	المبحث الثالث: الأحكام الدستورية
١٧٧.....	المبحث الرابع: الأحكام الإدارية
	الفصل العاشر
١٨٥.....	القضاء ووسائل الإثبات
١٨٧.....	المبحث الأول: القضاء
١٩١.....	المبحث الثاني: وسائل الإثبات
	الفصل الحادي عشر
١٩٩.....	شرح نماذج من القواعد الفقهية الكلية

المقدمة

أ- الأسباب الموجبة لتقديم هذا الجهد للتوافق لطلبتنا الأجزاء في كليات القانون وكليات الشريعة، هي الآتية:-

١. عدم وجود مصنف في هذه المادة يتسم بالشمولية لأبواب الفقه الإسلامي بحيث يكون واضحاً وافياً بالمطلوب بعيداً عن التطويل المملّ والإيجاز المخلّ.
٢. تغيير النمط التقليدي في النقل والعرض والأمثلة البالية التي لم تبق لها الفائدة العملية في القرن الحادي والعشرين في عصر الكمبيوتر والانترنت والتقدم العلمي والتطور في جميع مجالات الحياة.
٣. توضيق شقة الخلاف بين الشريعة التي كانت القانون الوحيد للعالم الإسلامي في وقت كان كثير من الشعوب يحكمها قانون الغاب وبين القانون الذي حل محلها بسبب جمود عقول المسلمين وتوقف الاجتهاد.
٤. تفهيم طلبة القانون بأن الشريعة الإسلامية ليست مجرد طقوس وشعائر دينية بل هي دين ونظام وقانون، وإشعار طلبة الشريعة بأن القانون ليس عدواً للشريعة بل يتفق معها ١٠٠٪ في تنظيم الأسرة، و ٩٠٪ في المعاملات المالية و ٧٠٪ في مكافحة الجرائم تقريباً، والشريعة والقانون صنوان كل منهما يكمل الثاني ولم يفرّق بينهما سوى جهل الإنسان.
٥. استبعاد إثارة الخلافات التي كانت في وقتها رحمة ونعمة لهذه الأمة، لأنها إستهدفت الوصول الى ما فيه مصلحة الفرد والمجتمع لكن اليوم أصبحت وسيلة للتمزق وسلاحاً يشهره المتعصبون في كل مذهب ضد نظيره في مذهب آخر، كأن كل واحد منهما من دين يختلف عن الآخر.
٦. التمييز بين الشريعة بمعناها الأخص والخاص والعام من الفقه الإسلامي من جهة، وبينها وبين القانون من جهة أخرى.

ب- تعريف للمدخل:- المدخل مصدر دخل ضد خرج، أو اسم مكان بمعنى المر لل دخول في الدار. وسميت هذه المادة مدخلا لانها عبارة عن حجم مصغر لأهم أحكام الشريعة ذات الصلة المباشرة بالأحكام القانونية من حيث تنظيم الحياة وعن طريقها يدخل القاريء في التفصيلات، فهو بمثابة خارطة يستهدي بها الطالب للوصول الى أهداف علمية معينة مجملة تبني عليها الدراسة التفصيلية في المستقبل.

ج- ساهمت في معالجة هذا الموضوع تحت نفس العنوان في مؤلفين^(١) سابقين قبل زهاء ربع قرن غير أن العلاج جاء معيبا شأنه شأن أي مؤلف يشارك في إعداده أكثر من واحد ومن تلك العيوب إهمال ما هو الأهم والاهتمام بغير المهم بالإضافة الى الحشو والقصور في أكثر الموضوعات.

د- أحاول بتوفيق من الله عزوجل في هذا المؤلف الجديد أن أتناول دراسة الموضوع على نخط جديد يتلام مع المعرفة الحديثة المتطورة منسجما مع ما عالجته القوانين الوضعية في العهد الحديث بقسميها العام والخاص بأسلوب متسلسل تسلسلا يجعل سابقه مقدمة لدراسة لاحقه، ولاحقه مكملا لسابقه بعيدا عن الإيهاز المخل والتطويل المحل، مستعينا في القيام بهذا الجهد المتواضع بالله العلي العظيم القدير.

هـ - خطة دراسة للموضوع من الناحية الشكلية:- طبيعة الموضوع من حيث الشمولية لأهم موضوعات الشريعة الإسلامية تتطلب توزيع دراسته على أحد عشر فصلا كالآتي:-

الفصل الأول : الشريعة

الفصل الثاني : الحكم الشرعي

الفصل الثالث : المصادر الكاشفة للأحكام الشرعية.

الفصل الرابع : الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد.

الفصل الخامس : فلسفة العبادات في الإسلام.

^(١) وجدير بالذكر ان جميع ما أنقله من المؤلفين السابقين لادخاله في هذا الكتاب الجديد هو من كتابتي الخاصة وأستبعد نقل ما كتبه زملائي ليهما حفاظا على الامانة العلمية لانني لست ممن ينقل كلام الغير وينسبه الى نفسه.

الفصل السادس : المعاملات المالية.

الفصل السابع : شؤون الأسرة (الأحوال الشخصية).

الفصل الثامن : الجرائم والعقوبات.

الفصل التاسع : العلاقات التي تخضع للقانون العام.

الفصل العاشر : القضاء ووسائل الإثبات.

الفصل الحادي عشر : شرح النماذج.



الفصل الأول الشريعة

الشريعة:

لغة لها عدة معانٍ، أقربها إلى المعنى الاصطلاحي: الطريقة المستقيمة.
وفي الاصطلاح تستعمل لثلاثة معانٍ: المعنى الأخص، والمعنى الخاص، والمعنى العام.

أولاً: المعنى الأخص

استعمل القرآن هذا المصطلح بتعبير (شريعة) لما يقابل الدين في الشرائع الإلهية فقال: ﴿...لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمِنْهَاجاً...﴾^(١).
وقال في مقابلها: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ...﴾^(٢).
وبناءً على ذلك فإنَّ الشريعة في كل رسالة سماوية عبارة عن الأحكام الشرعية للنصوص عليها في هذه الرسالة وهيبتها تنظيم الحياة الدنيوية للإنسان. والدين عبارة عن الأحكام الشرعية التي تنظم كل مايتعلق بحياة الآخرة من الإيمان بالله ومايتفرع عنه من المعتقدات والمغيبات، فالدين مشترك بين جميع الشرائع، والشريعة تختلف من أمة إلى أخرى، والقرآن هو الدستور المعدل لجميع الدساتير الإلهية السابقة، فما أقرّه فهو جزء من شريعتنا.

^(١) سورة المائدة (٤٨).

^(٢) سورة الشورى (١٣).

ثانياً: المعنى الخاص

فالشريعة بمعناها الخاص عبارة عن نصوص آيات القرآن الكريم والسنة النبوية التي تتضمن كافة أقسام الأحكام الشرعية، كما أن القانون يطلق على النصوص المدونة في كل فرع من فروعها.

ثالثاً: الشريعة بمعناها العام

عبارة عن جميع الأحكام الشرعية التي مصدرها القرآن والسنة والمصادر الكاشفة (التبعية) كالقياس والعرف وغيرهما. وهي بهذا المعنى تشمل الفقه الإسلامي كما يستعملها بهذا المعنى كثير من الباحثين بعد أن حصل الخلط بين الشريعة الإسلامية التي مصدرها الوحي، وبين الفقه الإسلامي الذي هو عبارة عن شروح الشريعة بمعناها الخاص، وعن الآراء الاجتهادية التي تتغير بتغير الزمان وتطور مصالح الإنسان، وتحتمل الخطأ والصواب.

الفقه

هو لغةً: فهم الشيء، والعلم به مطلقاً، أو على وجه الدقة. وفي الاصطلاح: عرفه علماء الأصول والباحثون بأنه علمٌ بالأحكام الشرعية الفرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية. وفي رأينا المتواضع أن في هذا التعريف خلطاً بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، فالفقه ليس العلم بالأحكام، وإنما هو نفس الأحكام، فالعلم صورة الشيء عند العقل (أو الذهن^(١)). والفقه موجود خارج الذهن، علم به الإنسان أو لا، والعلم ضروري للعمل به. فالفقه في الأحكام التكليفية هو الوجوب والنسب، والحرمه والكراهة والإباحة، وفي الأحكام الوضعية، السببية والشرطية والمانعية، والصحة والبطلان، كما يأتي بيانها.

(١) البرهان للكليني، للشيخ إسماعيل بن مصطفى، ص ١١.

القانون الوضعي :

عبارة عن مجموعة من القواعد العامة المدونة، وهي تنظم العلاقات والسلوك في كل مجتمع. والقاعدة القانونية مجردة^(١) عامة^(٢) ملزمة ملقونة بالجزاء لمن يخالفها. ولكل دولة قانونها الخاص، وهناك مجموعة قواعد مشتركة بين جميع الدول تسمى القانون الدولي، وقد سبق أن ذكرنا أن الشريعة مهمتها الخاص: نصوص القرآن والسنة النبوية، لذا تُقسّم دراسة الموضوع الى مبحثين، يخص الأول للتعريف بالقرآن الكريم، والثاني للسنة النبوية.

(١) أي لا ينظر حين تشريعها الى اشخاص معينين او لثبات خاصة ولا الى مراكزهم السياسية والادارية والاجتماعية.

(٢) أي تطبق بالمساواة على جميع افراد المجتمع بدون تمييز او استثناء، إلا من استثناهم القانون بنص خاص.

المبحث الأول

القرآن الكريم

وتقسم دراسة الموضوع الى ثلاثة مطالب:

- يتناول الأول التعريف بالقرآن
- والثاني للصلة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي
- والثالث للقانون وصلته بالشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.

المطلب الأول

التعريف بالقرآن الكريم

كما أن لكل دولة في العالم دستوراً يتضمن المبادئ العامة والقواعد الكلية ويحول السلطة التشريعية تشريع القانون في كل شأن من شؤون الحياة على ان لا يتعارض هذا القانون أو جزء منه، مع هذا الدستور. كذلك القرآن هو الدستور الإلهي الخالد الأخير للمجتمع البشري بأسره المعدل للشرائع والديانات الإلهية السابقة، فيتضمن أمهات أحكامها، مع اضافات جديدة لم تكن موجودة فيها.

اقتصر القرآن على الأسس العامة والقواعد الكلية التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة، وترك التفاصيل والمجزئيات التي تتغير بتغير الزمان للعقل البشري وصنع دائرة من الأخلاق وأمر عقل الإنسان في أكثر من خمسين آية قرآنية بالتحرك وإرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في ضوء متطلبات الحياة ومستلزماتها، على أن يكون هذا التحرك داخل الدائرة المكونة من الأخلاق.

اقسام أحكام القرآن

المعروف بين الناس ان أحكام القرآن ثلاثة أقسام، وهي: الأحكام الاعتقادية والأحكام الخلقية والأحكام العملية.

وهذا التقسيم -في رأينا المتواضع- خاطيء، لأن القرآن كله أحكام، فقصص الأمم السابقة أحكام وليست تاريخاً، والآيات الكونية أحكام، والقرآن لم يقسم إلى أبواب وفصول ومباحث يتناول كل واحد منها موضوعاً معيناً، بل كل صحيفة من القرآن بمثابة مخزن فيه جميع الحاجات البشرية الدينية والدنيوية، وانبثاقاً من هذا الواقع، تقسم أحكام القرآن من حيث طبيعتها إلى خمسة أقسام:

١- الأحكام **الاعتقادية**: وهي تتعلق بالإيمان بالله وما يتفرع عنه من سائر المعتقدات، وهذا النوع من الأحكام هو أساس للأربعة الأخرى.

٢- **الأحكام الخلقية**: وهي تتعلق بما ينبغي أن يكون عليه الإنسان من التحلي بالفضيلة والتخلي عن الرذيلة، لأن الأمم أخلاق ان ذهبت ذهبا.

٣- **الأحكام العبرية**: وهي الأحكام التي تدل عليها الآيات التي تبحث عن شؤون الأمم السابقة وما عملوه من خير أو شر، حتى نتقدي بهم في خيهم، ونأخذ العبرة من مصيرهم المظلم نتيجة أعمالهم الشريرة، كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةً لِّأُولِي الْأَلْبَابِ﴾^(١).

٤- **الأحكام الكونية**: وهي التي تتعلق بضرورة تفكر الإنسان في هذا الكون وما فيه من الكائنات الحية والجمادات المسخرة للإنسان لأجل تحقيق غايتين: إحداهما: تقوية الإيمان بالله

والثانية: استثمار خيرات الأرض والبحار والانتفاع باكتشافات الفضاء. فقال سبحانه في استثمار الأرض: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِن بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرْثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ﴾^(٢). والمواد بالصالح في هذه الآية هو من تتوفر فيه أهلية استثمار خيرات الأرض التي لكل إنسان نصيب فيها، يجب ان لا ينسأ ولا يهمل، كما قال تعالى: ﴿...وَلَمَّا تَخَلَّصْتُمْ بِرَبِّكُم مِّنَ الدُّنْيَا وَآخِرِهَا كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكُمْ...﴾^(٣).

(١) سورة يوسف (١١١).

(٢) سورة الانبياء (١٠٥).

(٣) سورة القصص (٧٧).

وقال في ما يتعلق بغزو الفضاء: ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنسِ إِنَّ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانْفُذُوا لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ^(١)﴾ والسلطان في هذه الآية هو العلم، ولو عمل المسلمون بالأحكام الكونية، لكانت المركبة التي نزلت على سطح المريخ مركبة إسلامية لا أمريكية، لأنه حين نزلت هذه الآية كانت (أمريكا تعيش عيشة الوحوش يحكمها قانون الغاب). ولكن المسلمين لم يعملوا في القرآن إلا بالأحكام العملية التي لاتتجاوز ٥% من أحكام القرآن. وبقية الأحكام مهملة ومتروكة أو نقرأها على السموات في المتاجر، وكأن القرآن جاء للسموات دون الأحياء!!

ولو عمل المسلمون بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ...^(٢)﴾ لما أصبح أكثر من ثلث سكان الأرض من المسلمين كرة لعب تلعب بها الدول الكبرى لتحقيق مآربها، وليس المراد بالإرهاب في هذه الآية الاعتداء والتجاوز على حقوق الغير، كما يزعم الأعداء، وإنما المراد التخويف ودفع خطر العدو بالطرق الوقائية وهي القوة والاستعداد عدداً وعدة لمقاومته لأن العدو إذا علم أن الطرف الآخر يملك ما يملكه من القوة أو يزيد، فإنه لا يحراً على الإقدام على الاعتداء عليه. وعلى سبيل المثال: الكيان الصهيوني، فإن تعامله مع المسلمين وبوجه خاص مع العرب، تعامل غير قانوني، ومخالف لميثاق الأمم المتحدة والأعراف الدولية، لأنه يرى نفسه في موقف القوة ويرى العرب والمسلمين في موقف الضعف، لأنهم لا يملكون ما يملكه من قوة، وهذا الضعف جاء من إهمال أمر الله ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطٍ﴾.

٥- الأحكام العملية: وهي التي تنظم علاقات الناس مع ربهم وعلاقات بعضهم مع بعض وهي سبعة أنواع:

(١) سورة الرحمن (٣٣).

(٢) سورة الانفال (٦٠).

النوع الأول: أحكام العبادات، وهي التي تنظم علاقة الإنسان بربه لاكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته، والمعلم في مدرسته، والموظف في مقر عمله، والجندي في ساحة المعركة، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها، وليس للإنسان سلطة في تغييحها أو تعديلها.

النوع الثاني: أحكام الأسرة وتناولها القرآن بشيء من التفصيل، لأن الأسرة نواة المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وعمّ الخير وزادت الفضيلة وإذا فسدت فسد المجتمع وعمّت الفوضى وسادت الرذيلة، وبغال اجتهاد الإنسان فيها قليل.

النوع الثالث: أحكام للمعاملات المالية، تناول القرآن أهم الأحكام والعناصر التي لا تغهر بتغير الزمان والمكان كالتراضي والوفاء بالعقود وأداء الأمانات وأحوها، وترك بقية التنظيمات المالية للعقل البشري في ضوء مستلزمات الحياة شريطة أن يكون ذلك ضمن دائرة الأخلاق.

النوع الرابع: أحكام للمالية العامة، اتصر القرآن على بعض موارد ومصارف المالية العامة كالمعادن، وترك التفصيلات للعقل البشري.

النوع الخامس: الأحكام الدستورية، اتصر القرآن على الركائز الأساسية في كل نظام دستوري، وهي العمل بمبدأ الشورى ورعاية العدالة لتحقيق المساواة في الحقوق والالتزامات واحترام النظام الذي ساء القرآن طاعة ولى الأمر، أي إطاعة النظام الذي يمثله ولى الأمر. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَرْكَبِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا^(١)﴾، إطاعة الله تكون عملاً بأوامره واجتناب نواهيه، وإطاعة الرسول تكون بالعمل بمقتضى سنته القولية والفعلية والتقريرية بصفته رسولاً ومبلغاً للوحي الإلهي، لا بصفته انساناً اعتيادياً.

النوع السادس: أحكام العلاقات الدولية، وبنى القرآن الكريم العلاقات بين الشعوب والأمم على ستة أسس:

الأساس الأول: وحدة النسب، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...﴾^(١). فالأسرة البشرية إخوة وأخوات، وشيمة الأخوة هي التكافل والتكاتف والتعاون والتضامن.

الأساس الثاني، وحدة للعن، فكل إنسان خلق وخلق من معدن واحد وهو التراب لأنه يتكون من عنصرين: حيمين الذكور وبويضة الأنثى، وهما مكونان من المواد الغذائية المكونة من التراب، فالإنسان مخلوق من تراب بصورة غير مباشرة كما أن أبانا آدم (عليه السلام) خلق منه بصورة مباشرة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾^(٢) وقد أكد الرسول العظيم (ﷺ) هذين الأساسين في قوله: (كلكم من آدم وآدم من تراب).

الأساس الثالث: وحدة الصانع، وهو الله الواحد الأحد الخالق الذي لا شريك له فليس البعض من صانع، والبعض من صانع آخر، حتى يكون هناك مجال للمفاضلة، قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٣)

الأساس الرابع: وحدة المصالح، يقول سبحانه: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٤) والرحمة في هذه الآية هي المصلحة الإيجابية (المنفعة المستجلبة) والسلبية (المضرة المستدراة) سواء كانت مادية أو معنوية دنيوية أو أخروية.

^(١) سورة الحجرات (١٣).

^(٢) سورة الرعد (٢٠).

^(٣) سورة البقرة (٢١).

^(٤) سورة الأنبياء (١٠٧).

الأساس الخامس: للمساواة في استثمار خيرات الأرض والانتفاع بها دون تمييز بين القوي والضعيف، والصالح من الإنسان هو الذي يحسن استثمار خيرات الأرض كما قال سبحانه: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِن بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرْثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ^(١)﴾ وَأَنَّ الْأَرْضَ وَمَا عَلَيْهَا فِي ظَاهِرِهَا أَوْ بَاطِنِهَا مِنَ الْمَوْجُودَاتِ الَّتِي مِنْ شَأْنِهَا أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا الْإِنْسَانُ فِي حَيَاتِهِ، مُشْتَرَكَةً وَمَبَاحَةً لِلْجَمِيعِ بِدُونِ تَمْيِيزٍ لَوْ تَفَاوَتْ، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً...^(٢)﴾.

الأساس السادس: وحدة المصير، من حيث الحياة والمساءلة والمحاسبة والجزاء. خما لو شرا قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَإِلَيْنَا الْمَصِيرُ^(٣)﴾، ويقول: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ^(٤)﴾. فهذه الأسس الستة تدل دلالة قطعية على أن الأصل في الإسلام هو السلم، والحرب استثناء. للدفاع الشرعي فقط وإن الإسلام ليس دين الإرهاب كما يزعم الأعداء..

النوع السابع: الجرائم والعقوبات: فالقرآن نص على جرائم المحدود وجرائم القصاص والدية وعقوباتها، مخطوئتها على المجتمع، وترك للسطة التشريعية الزمنية صلاحية استحداث الجرائم بالعقوبات بحسب متطلبات الحياة، وتسمى الجرائم والعقوبات التحزيرية.

ونستنتج من هذا العرض الموجز، أن حصر تدريس الشريعة الإسلامية في القانون الخاص في الجامعات العراقية خطأ لايفتنر وإن الله سوف يحاسب المسؤولين في هذه الجامعات ويوجه خاص في كليات القانون حساباً عسيراً على إهمالهم لدراسة الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة وتفصيلاتها في الفقه الإسلامي التي تناولت جميع فروع القانون الوضعي مع زيادة وهي تنظيم علاقة الإنسان مع ربه في العبادات.

^(١) سورة الانبياء، (١٠٥).

^(٢) سورة البقرة (٢٨).

^(٣) سورة ق (٤٣).

^(٤) سورة الزلزلة (٧-٨).

المطلب الثاني

الفقه الإسلامي وصلته بالشريعة

الفقه الإسلامي - كما ذكرنا - هو: الأحكام الشرعية العملية الفرعية المستنبطة من أدلتها التفصيلية، وهو من حيث المصدر ثلاثة أنواع:

١- فقه القرآن، وهو ما استنبط من الآيات القرآنية بصورة مباشرة.

٢- فقه السنة، وهو ما استخرج من السنة النبوية مباشرة.

٣- فقه الاجتهاد، وهو ما استنبط من القرآن والسنة بصورة غير مباشرة أي عن طريق المصادر الكاشفة التي سُمّيت المصادر التبعية، كالاجماع والقياس والعرف والمصلحة وسائر المصادر الكاشفة التي يأتي بيانها^(١) أو من نصوص دالة عليه دلالة ظنية.

وتسمية هذه المصادر الكاشفة مصادر الفقه الإسلامي، تسمية مجازية، لأنها وسائل لإرجاع الجزئيات إلى كليات الشريعة، فهي مصادر كاشفة وليست موجدة، فالحلاف في حجيتها لفظي^(٢) عند ذرى العقول السليمة.

النسبة بين الشريعة والفقه بحسب التحقق:

١- النسبة بين الشريعة وفقه القرآن والسنة بحسب التحقق عموم وخصوص مطلق إذا كان الفقه مدلولاً عليه دلالة قطعية^(٣). فكلما تحقق هذا الفقه تحققت الشريعة لأنه لازم خاص لها وهو لا يتحقق بدون ملزومه. فكلما تحقق هذا الفقه تحققت الشريعة، لأنه لازم خاص لها، وهو لا يتحقق بدون ملزومه.

^(١) وهي قول الصحابي وسد الفرائع، والاستحسان، والاستصحاب.

^(٢) لأنها ليست حجة من حيث كونها مصادر موجدة، وحجة من حيث أنها مصادر كاشفة.

^(٣) كوجوب نصف تركة الزوجة للمتوفاة لزوجها إذا لم يكن لها ولد لا منه ولا من زوج آخر، لقوله تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ) وهو يدل عليه دلالة قطعية.

لكن قد تتحقق الشريعة في غير الأحكام الشرعية العملية ولايتعلق الفقه معها كما في الأحكام الاعتقادية.

٢- النسبة بين الشريعة والفقه الاجتهادي عموم وخصوص من وجه، وهما يلتقيان إذا كان الحكم الاجتهادي الذي وصل اليه المجتهد حكم الله، بأن كان مصيباً، وتتعلق الشريعة بدون الفقه في الأحكام غير العملية كالأحكام الاعتقادية والكونية والعبرية.

ويتعلق الفقه بدون الشريعة إذا كان الحكم المكتشف غير حكم الله بأن يكون المجتهد مخطئاً.

ومن الواضح إن كل مجتهد أيا كان مركزه العلمي كما يصيب فقد يخطئ. في اكتشاف حكم الله وذلك طبقاً لقول الرسول (ﷺ) (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران فإذا حكم واجتهد وأخطأ فله أجر^(١)).

المراد بالحاكم هنا المجتهد، أي إذا أراد أن يحكم واجتهد فإن أصاب فله أجران: أحدهما على إصابته لحكم الله والثاني على بذل جهده، أما إذا أخطأ فله أجر واحد على بذل جهوده بحسن النية.

الموازنة بين الشريعة الإسلامية والفقه الاجتهادي:

وهما رغم صلتهما للذكورة يختلفان في أمور جوهرية أهمها ما يأتي:

١- الشريعة مصدر الفقه الاجتهادي بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

٢- الشريعة خالدة من حيث نصوصها فلا تقبل التبديل والتعديل والإلغاء. لكن الفقه الاجتهادي يمكن تعديله أو تبديله أو إلغائه في ضوء متطلبات الحياة ومستلزماتها، فهو كالقانون وهذا هو المقصود من قاعدة (لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان^(٢)) أي الأحكام الاجتهادية.

^(١) البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الاحتصام بالسنة ١٣/٣٩٣

^(٢) اللامدة (٣٩)، مجلة الأحكام العدلية

٣- الشريعة ملزمة عقيدة وعملاً لكل إنسان بخلاف الفقه الاجتهادي، فانه غير ملزم لا للمجتهد ولا للمقلد ما لم يقض بموجبه القاضي لأنه يحتمل الخطأ والصواب، ومن الخطأ الشائع في العالم الإسلامي التقليد بمذهب معين مدى الحياة وفي كل شيء. فقد مضى القرن الأول من حياة الإسلام فلم يكن هناك مذهب معين يتقيد به المسلم في كل مسائله.

ولأن الله تعالى قال: ﴿فَسَأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١) ولكن التقليد واجب لغير المجتهد دون تحديد مذهب معين.

٤- الشريعة صائبة في جميع أحكامها، لأنها وحي، والوحي لا يقبل الخطأ، بخلاف الفقه الاجتهادي، لأنه جاء عن طريق الاجتهاد وكل مجتهد كما يصيب فقد يخطئ..

(١) الانبياء (٧).

المطلب الثالث

القانون وصلته بالشريعة والفقه الإسلامي

أولاً: الصلة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية.

تتفقان من أوجه وتختلفان من أوجه أخرى:

أ- أوجه الشبه:

١- كل منهما تستهدف مصلحة الإنسان عن طريق تنظيم حياته.

٢- كل منهما مجردة وعامة.

٣- كل منهما ملزمة.

٤- كل منهما ملقنة بالجزاء لمن يخالفها.

٥- في التفصيلات والجزئيات تلتقيان في تطبيقات كثيرة.

٦- الشريعة مصدر القانون بنسب متفاوتة في قوانين البلاد العربية والإسلامية.

٧- كثير من الأحكام القانونية في البلاد غير الإسلامية لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية.

ب- أوجه الاختلاف:

تختلفان في كثير من الأمور الجوهرية أهمها ما يأتي:

١- القاعدة الشرعية نصية مصدرها الوحي والقاعدة القانونية مصدرها عقل الإنسان واجتهاده.

٢- القاعدة الشرعية النصية غير قابلة للتعديل والتبديل والإلغاء بخلاف القاعدة القانونية فإنها قد تُلغى، وقد تُعدل، سواءً أكانت نصية، أم اجتهادية، وذلك في ضوء تغير المصالح وتطور الحياة ومتطلباتها.

٣- عمومية القاعدة الشرعية أوسع بكثير من عمومية القاعدة القانونية، فالأولى تقاطب الأمر البشرية كافة، قال تعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ

عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا^(١)»، والثانية مخاطب مجموعة أفراد داخل إقليم معين للدولة معينة ذات سيادة لا تسري على من يكون خارج هذا الإقليم إلا في حالات استثنائية.

٤- جزء القاعدة الشرعية كما يكون سلبياً (عقاباً) يكون إيجابياً (ثواباً) قال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(٢) بينما جزء القاعدة القانونية سلبى غالباً فلا يكافئ الإنسان الذي لم يرتكب جريمة في حياته.

٥- جزء القاعدة الشرعية دينوي وأخروي، بينما جزء القاعدة القانونية دينوي فقط ويتوقف على ثبوت الجريمة أمام القضاء وإلا فيحكم ببراءة المتهم لأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

٦- القاعدة القانونية لا تحكم إلا الظاهر فلا تدخل في أعماق القلوب ولا ينفذ لها كل ما في باطن الإنسان ما لم يخرج إلى عالم الوجود، في حين أن القاعدة الشرعية كما تحكم الظاهر تحكم الباطن أيضاً في ما ينفذ لإرادة الإنسان، قال تعالى: ﴿وَرَأَى تُبْدُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ لَوْ تَخْفَوُ يُخَافِكُمْ بِهِ اللَّهُ﴾^(٣) لأن الإسلام يريد من الإنسان أن يكون ظاهره مطابقاً لباطنه. ومن ادعى أن هذه الآية منسوخة بآية ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٤) فقد أخطأ خطأ جسيماً.

٧- مجردية القاعدة القانونية لها استثناءات بحسب الصفة، كالأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية. بينما في القاعدة الشرعية لا توجد استثناءات على مجرديتها، لا بحسب الذات ولا بحسب الصفة.

(١) سورة الفرقان (١).

(٢) سورة الزلزلة (٧-٨).

(٣) سورة البقرة (٢٨٤).

(٤) سورة البقرة (٢٨٦).

ثانياً: الصلة بين الفقه الإسلامي الاجتهادي والقانون.

وهما يختلفان من أوجه ويتفقان من أوجه كثيرة:

أوجه الاختلاف

يختلفان في أمور، أهمها ما يأتي:

- ١- الفقه الإسلامي له كيان مستقل لم يتأثر بأي قانون ولم يؤخذ من أي قانون، ومن زعم تأثره بالقانون الروماني فقد أخطأ، لعدم وجود أية صلة بين أئمة المذاهب الفقهية والقانون الروماني من حيث المكان والزمان واللغة وما نهجه من التشابه في بعض القواعد والأحكام إنما هو ناتج عن التشابه في الإنتاج الاجتهادي العقلي، وعقول جميع الناس متقاربة في كثير من الأمور.
- ٢- الفقه الإسلامي مصادره مستقلة عن مصادر القانون، لأن مصادر الفقه الإسلامي الأصلية: القرآن والسنة النبوية، ومصادره التبعية الكاشفة: القياس والمصلحة والاستحسان والاستصحاب والذرائع وغيرها.
- ٣- الفقه الإسلامي يتطلب أن يكون كل من يتولى استنباطه يتوفر فيه جميع شروط الاجتهاد بخلاف القانون فإن أكثر من يساهمون في إعداد مشروعه ليسوا من أهل الاجتهاد بالمعنى الاصطلاحي.
- ٤- أحكام الفقه الإسلامي كما تنظم علاقة الإنسان مع الإنسان تتولى تنظيم علاقة الإنسان مع ربه أيضاً بخلاف أحكام القانون.
- ٥- أحكام الفقه الإسلامي مشبعة بالأخلاق، لأن مصادره الرئيس هو الشريعة الإسلامية، بخلاف أحكام القانون.

أوجه الشبه:

توجد الصلة بينهما من أوجه، أهمها:

- ١- كل من الفقه الإسلامي والاجتهادي والقانون معرض لأن يقع فيه القصور لأن العقل الاجتهادي فيهما هو العقل البشري الذي لا يحيط بكل ما يحدث في المستقبل.

٢- كل منهما قد يقع فيه الخطأ، لأن كل مجتهد كما يكون مصيباً فقد يكون مخطئاً، وقد نص الرسول العظيم (ﷺ) على ذلك في قوله: ((إِذَا حُكِمَ الْحَاكِمُ^(١) فَأَجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حُكِمَ فَأَجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ)) أي أجر واحد على بذل جهوده.

٣- كل منهما قابل للتبديل والتعديل بحسب مستلزمات الحياة وتطورها ما لم يكن الحكم جمعاً عليه، وحتى في هذه الحالة إذا كان سند الإجماع مصلحة تغيرت يتغير بإجماع آخر يتلاءم مع المصلحة الجديدة بناءً على قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان.

٤- كل منهما يستهدف مصلحة الإنسان من جلب نفع له أو دفع ضرر عنه.

٥- الفقه الإسلامي مصدر رئيس للقوانين المتأثرة به بنسبة تتراوح بين ١٠٠-٥٠٪.

بعض القوانين في البلاد الإسلامية مأخوذة منه ١٠٠٪^(٢) وقوانين الأحوال الشخصية في جميع البلاد العربية والإسلامية مأخوذة من الفقه الإسلامي ١٠٠٪، والقوانين المدنية في هذه البلاد مصدرها الفقه الإسلامي ٩٠٪ كالقانون المدني العراقي والأردني والكويتي^(٣) والقانون المدني المصري رغم تأثره بالفقه الفرنسي قد أخذ كثيراً من الفقه الإسلامي بشهادة فقهاء القانون في جمهورية مصر العربية^(٤). وقد حذت حذوه القوانين العربية المتأثرة به، ومن الأحكام التي أخذتها من الفقه الإسلامي القانون المدني المصري، والقوانين المتأثرة بهذا القانون: نظرية التصسف في استعمال

^(١) أي أراد المجتهد أن يحكم أو ينتج حكماً.

^(٢) كما في القوانين اليمنية.

^(٣) ورد في ديباجة القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ (وما يبرز ما وصل إليه قانوننا المدني من الرقعة والمكانة إنه جاء في أحكامه متوافقاً تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه حتى إنه لا يوجد فيه حكم يستعصي قهره على مذهب من المذاهب الإسلامية أو يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية السبعة).

^(٤) منهم المستشار علي منصور رئيس محكمة الاستئناف سابقاً في كتابه (الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، ط ١٩٦٥، والأستاذ أحمد مواني للمستشار بمحكمة النقض في كتابه الفقه الجنائي للمقارن بين الشريعة والقانون، ط ١٩٦٥ والمستشار عبد الستار آدم في كتابه (الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ط ١٩٦٦).

الحق، ونظرية حوالة الدين، ونظرية الظروف الطارئة، وأكثر أحكام البيع والهبة وعقد الإيجار والتزامات الجوار، والحائط المشترك، وأحكام الشفعة وغيرها.

كما ان التشريعات الجزائية العربية تتلق مع الشريعة الإسلامية والفله الإسلامي في كثير من جرائم التعازير لأن جريمة التعزير هي كل جريمة ترك استحداث عقوبتها وتعيديها للسلطة التشريعية الزمنية وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: كل جريمة حدية إذا حدثت فيها الشبهة تتحول تلقائياً إلى جريمة تعزيرية تقض لقانون العقوبات كالمروقة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الشريكين. وكجريمة الزنا لم تثبت بأربعة شهود أو بإقرار الجاني واقتنع القاضي بوقوعها بالبيئة أو بالوسائل العلمية الحديثة فتسلط عقوبة الحد وتصل محلها عقوبة تعزيرية تحد بقانون العقوبات.

النوع الثاني: كل جريمة نص التشريع الإسلامي على تجريمها ولكن لم يحدد لها العقوبة تعد جريمة تعزيرية تقض لقانون العقوبات كجريمة الغصب، وخيانة الأمانة والتزوير والرشوة والتجسس ونحو ذلك بما نص الشرع على أنه جريمة ولكن لم يحدد لها العقوبة.

النوع الثالث: لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى اعتبار كل فعل يضر بالمصلحة العامة جريمة يحدد لها عقوبة بالنص تتلام مع حجمها وخطورتها.

وبناء على ذلك فإن جميع الجرائم التعزيرية في الشريعة الإسلامية تقض لقانون العقوبات مالم يتعارض ذلك مع قاعدة شرعية في القرآن والسنة النبوية، وكذلك لا تتعارض القوانين في البلاد غير الإسلامية مع الشريعة الإسلامية بنسب متفاوتة مادامت تلك القوانين تقدم المصالح العامة للمجتمعات التي تقض لها ولا تتعارض مع قاعدة شرعية إسلامية ثابتة لأن القرآن الكريم على الكليات وخول العقل البشري إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في ضوء مستلزمات الحياة في كل زمان ومكان مالم يخرج هذا الإرجاع عن دائرة الأخلاق.

المبحث الثاني

السنة النبوية

نتناول في هذا الفصل موضوعين: أحدهما التعريف بالسنة النبوية والثاني وظائف السنة النبوية، ولذا توزع دراستها على مطلبين:

المطلب الأول

التعريف بالسنة النبوية

السنة في اللغة وردت بعدة معان منها:- السعة والطريقة، سواء أكانت حسنة أم قبيحة^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن الفعل المطلوب في الشريعة الإسلامية طلباً غير جازم.

فهي تترادف المندوب، والمستحب، والتطوع، والنافلة^(٢).

وفي اصطلاح الاصوليين ما صدر عن سيدنا محمد (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير^(٣).
والحديث القدسي معناه من الله يلقي في قلب رسوله ولفظه من الرسول^(٤). والسنة بالمعنى الاصولي هي المعنيّة بدراستنا.

^(١) لسان العرب لابن منظور / فصل السين / حرف نون، وقد وردت بهذا المعنى في قول الرسول (ﷺ) ((مَنْ سَنَّ فِي الْإِسْلَامِ سُنَّةً حَسَنَةً فَبِعَمَلِهَا يَبْغُذُ كُتِبَ لَهُ مِثْلُ أُجْرٍ مَنْ سَنَّ بِهَا وَلَمْ يَسْتَفْضِ مِنْ أَجْرِهَا شَيْءٌ رَمَزَ سَنَ فِي الْإِسْلَامِ سُنَّةً سَيِّئَةً فَبِعَمَلِهَا يَبْغُذُ كُتِبَ عَلَيْهِ مِثْلُ بِذْرِ مَنْ سَنَّ بِهَا وَلَمْ يَنْقُصْ مِنْ أَذْلِهِمْ شَيْءٌ)) صحيح مسلم يشرح النووي ٦١/٨.

^(٢) شرح المنهج بهامش البجهمي ٤٤٦/١.

^(٣) القاضي المعتمد بشرح مختصر ابن الحاجب ٢٢/٢.

أهمية السنة:

تتجلى أهمية السنة في وظائفها التي يأتي بيانها في المطلب الثاني من هذا الفصل.

حجية السنة:

حجية السنة النبوية ثابتة بالقرآن والحديث والاجماع والمعلول:

١- القرآن الكريم: من الآيات الدالة على أن السنة النبوية تلي القرآن في كونها مصدرا للأحكام الشرعية قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ^(١)﴾.

فالرد إلى الله هو العمل بالقرآن وإلى الرسول هو العمل بالسنة النبوية، والمراد بأولي الأمر إطاعه النظام العام الذي يرأسه ولي الأمر (رئيس الدولة) باعتباره شخصية معنوية لامن حيث أنه شخص طبيعي.

٢- الحديث الشريف: من الأحاديث التي تدل على حجية السنة النبوية حديث معاذ بن جبل حين رثعه الرسول (ﷺ) ليكون قاضيا وواليا في اليمن واختبر أهليته لهذه المهمة فقال له: ((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ قَالَ أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ أَجْتُمِعُ رَأْيِي وَلَا أَلُو))، فحضر رسول الله (ﷺ) صدر معاذ فقال ((أَلْخُذْ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى رَسُولَ اللَّهِ))^(٢).

^(١) مثل حديث ((يَا جَاهِلِي أِنِّي خَرَمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي وَجَعَلْتُهُ يَنْتَنِمُ مَحْرَمًا فَلَا تَقَالُوا يَا جَاهِلِي كُلُّكُمْ ضَالٌّ اِنَّمَا مِنْ هَدْيِهِ فَاسْتَهْدُونِي اِهْدِكُمْ)) أخرجه مسلم في باب تحريم الظلم بشرح النووي ١٦٨/١٦.

^(٢) سورة النساء (٥٩)

^(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده ٢٣٦/٥، وأبو داود في سننه ولم يلمع في الحديث ٢٥٧٦، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٤/١.

والمراد بقوله (ولا آلو) أي لا أقصر في اللجوء إلى الاجتهاد واستخدام الرأي واستنباط الحكم في حالة غياب نص من القرآن والسنة واقتضاء الموضوع للاجتهاد.

٣- الاجماع:

اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية منذ صدر الإسلام على أن السنة النبوية الثابتة تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم.

٤- للعقول:

العقل السليم يقضي بأن من يختاره الله رسولا لتبليغ رسالته للأسرة البشرية أن كل ما يصدر عنه بصفته رسولا لا بصفته إنسانا إعتياديا يُعدّ حُجّة ومصدراً للأحكام الشرعية بعد القرآن الكريم.

انواع السنة:

تنقسم السنة النبوية إلى عدة أنواع بمشيات مختلفة كالآتي:-

أ- من حيث طبيعتها قولية وفعلية وتقريرية:

١- السنة القولية: ما قاله الرسول (ﷺ) بأقواله وألفاظه كحديث ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أخطأَ فَلَهُ أَجْرٌ))^(١).

٢- السنة الفعلية: كأفعاله التي بينت بها الأحكام الإجمالية القرآنية بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَإِذْ نُنَزِّلُ الذِّكْرَ لَتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٢) كما بين قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٣). حيث أقام الصلاة بمطوّر أصحابه وأدى أركانها وشروطها وسننها ثم قال لهم ((صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُوْنِي

(١) متفق عليه - صحيح مسلم - شرح النووي - كتاب الألفاظ ٢٥٤/١١ باب أجر الحاكم إذا اجتهد.

(٢) سورة النحل ٤٤.

(٣) سورة يونس/ ٨٧

أَصْلِيَّ))^(١)

٣- السنة التقريرية:- وهي ما روي من إستحسان الرسول (ﷺ) ما روي له أو سمعه أو سكوته وعدم إنكاره للفعل أو قول صدر عن الغير في حضوره، أو نقل له، لأن سكوته بصفته رسولاً، تقرير ضمني لمشروعية القول أو الفعل.

ب- من حيث سند: متصل ومرسل:

١- الحديث للمتصل: هو ما إتصل سنده الى رسول الله دون إنقطاع وار من رواه في سلسلة الرواية.

٢- الحديث المرسل: هو الذي لم يتصل السند فيه بالأخذ من الرسول، أو إتصل ولكن سقط من رواه صحابي.

ج- من حيث القوة الإلزامية :

متواتر وأحاد عند الجمهور، ومتواتر ومستفيض (مشهور) وأحاد، عند البعض وفي مقدمتهم الحنفية:-

١) الحديث للمتواتر:- هو ما رواه عن الرسول (ﷺ) مباشرة جمع من الصحابة يستحيل عادة إتفاقهم على الكذب، ثم رواه عن الصحابة جمع من التابعين وتابعي التابعين بنفس الصفة.

ومن السنن القولية المتواترة: ((لَا تَكْتُبُوا عَنِّي وَمَنْ كَتَبَ عَنِّي غَيْرَ الْقُرْآنِ فَلْيَمْحُهُ وَخَذُوا عَنِّي وَلَا حَرَجَ وَمَنْ كَذَبَ عَلَيَّ مُتَعَمِّدًا فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدُ مِنَ الثَّارِ))^(٢). وقد رواه عنه أكثر من مائة صحابي

والتواتر إما لفظي أو معنوي من حيث التعبير:-

- المتواتر اللفظي: هو إستعمال نفس الألفاظ المسموعة من الرسول دون إختلاف في التعبير بين راء وروا آخر كما في الحديث المذكور.

- المتواتر المعنوي: هو أن يكون المعنى فيه واحد وتكون التعابير عنه مختلفة كما في حديث (إنما الاعمال بالنيات) فقد روي هذا الحديث بالفاظ وتعابير مختلفة

^(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣/٣٧٨.

^(٢) صحيح مسلم ٥/٨٤٧، مسند أحمد ٣/٢١٦.

مع الاحتفاظ بوحدة المعنى.

شروط التواتر:

- أ- أن يتم أخذه من الرسول (ﷺ) عن طريق الحس والسمع أو البصر.
 - ب- أن يحيل العقل عادة طواظهم على الكذب، لكثرتهم وعدالتهم وأمانتهم وتباين طبائعهم واختلاف أماكنهم.
 - ج- أن يتوافر الشرط الثاني في جميع الطبقات الثلاث (طبقة الصحابة وطبقة التابعين وطبقة تابعي التابعين).
- حكمه: حكم الحديث المتواتر هو وجوب العمل بمقتضاه ويُعدّ إنكاره عند الفقهاء كُفْراً.

- ٢) الحديث للشهور: هو ما رواه عن النبي (ﷺ) واحد أو اثنان، أو عدد قليل من الصحابة لم يصل إلى حد التواتر، ثم استفاض بعد ذلك في عصر التابعين أو تابعي التابعين، بحيث رواه منهم جماعة يستحيل عادة تواظهم على الكذب.
- حكمه: إنه يفيد ظناً قريباً من اليقين يطلق عليه تعبير الطمأنينة، ولذلك اعتبر في حكم للتواتر من حيث وجوب العمل به ويُخصّص به عموم القرآن ويُقيد مطلقه ويُقدّم على اليباس بالاجماع عند التعارض.
- ٣) حديث الأحاد:- وهو الذي لم يتوافر فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث المذكورة.

وجدير بالذكر أن معظم سنن النبي (ﷺ) من هذا النوع الثالث.

حكمه: انه يوجب غلبة الظن فيجب العمل به ما لم يقدّم دليل على عدم صحته.

د- من حيث الشبوت قطعي ولفني:

- ١- قطعيّ الشبوت: هو الحديث للتواتر.
- ٢- لَفَنِيّ الشبوت: هو الحديث الذي لم تتوفر فيه شروط التواتر.

هـ- من حيث الدلالة على الحكم قطعي الدلالة ولفني الدلالة:

- ١- قطعي الدلالة: وهو حديث لا يمتثل أكثر من حكم (معنى) واحد مثل قوله (ﷺ) (أعطوا المدة المدمن).

٢- هنيء الدلالة: وهو حديث يحتل أكثر من معنى واحد كقول الرسول (ﷺ) (الاتباع ما ليس عندك).

لفظ (ما) يشمل المنقول والمعار والطعام وغيره لذا اختلف في تفسيره فلهاء الشريعة فمنهم من فسره بالمال المنقول. لان المعار لا يتغير في الفترة الواقعة بين تملكه أو قبضه من الغير، وبين بيعه بخلاف المنقول ومنهم من فسره بالطعام لانه يتعرض للتلف والتغير بسرعة.

ومنهم من أخذ بعموم لفظ (ما) فلم يميز بين كل ماله قبل تملكه أو قبضه استبعاداً لضرر قد يلحق بالمشتري أو بالعاقدين معاً.

وفي رأينا المتواضع أن حكمة هذا النهي هي التعرض للفساد والتغير فاذا كان للبيع مما لا يتعرض لذلك خلال مدة يمددها العرف، فلا بأس في بيعه قبل تملكه أو قبل قبضه وذلك لتطور الحياة الاقتصادية وسرعة تداول الأموال التجارية بين البائع والمشتري.

و- من حيث الصيغة: صحيح ومختلف:

١- الحديث الصحيح: هو الذي كان صادراً عن الرسول (ﷺ) في الواقع ونفس الامر.

٢- الحديث المختلف: هو الذي وضع باسم الرسول، إما بحسن النية أو بسوء النية، كما فعل ذلك عبدالله بن سبأ اليهودي الاصل وهو إعتنق الإسلام دساً ونفاقاً، وفي اللحظات الأخيرة من حياته قال لمن حوله من المسلمين: وضعت بإسم نبيكم آلاف الأحاديث وفيها حللت الحرام وحرمت الحلال!

معايير التمييز بين الحديث الصحيح والموضوع:-

ومن أهم تلك المعايير لتمييز الموضوع من الصحيح مايلي:-

- ١- أن يكون مخالفاً لنص صريح في القرآن الكريم.
- ٢- أن يكون مخالفاً للاكتشافات العلمية الحديثة الثابتة بالتواتر.
- ٣- أن يكون مخالفاً للمحسوسات التي هي من البديهيات.
- ٤- أن لا يقبله العقل السليم الناضج المؤمن.

٥- أن لا يلقى بمكانة الرسول (ﷺ) وعظمته التي شهد بها فلاسفة من غير المسلمين ومنهم أرسطو كنت وهو من فلاسفة الغرب حيث يقول (يا محمد أشهد أنك لست إلهاً ولكن بكل المعاني أسمى من البشر) .

وجدير بالذكر أن ورود الحديث في المراجع المعتمدة عند المسلمين لا يكون دليلاً قطعياً على صحته، لكثرة الرضاعين قبل تدوين السنة وبعدها قبل نشرها - رغم بذل جهود علماء الإسلام المشكورة في التأكد من صحة الحديث بعد روايته وجمعه ونشره.

المراجع المعتمدة عند الجمهور:

- ١- الجامع الصحيح للإمام عبدالله بن محمد بن اسماعيل بن إبراهيم البخاري (١٤٩-٢٥٦هـ).
 - ٢- صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري (٢٠٤-٢٦١هـ) .
 - ٣- سنن النعماني أبي عبدالرحمن شعيب الحراساني (٢١٥-٣٠٣هـ).
 - ٤- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأسدي (٢٠٢- ٢٧٥هـ)
 - ٥- جامع الترمذي محمد بن عيسى الترمذي (٢٠٩- ٢٧٩هـ).
 - ٦- سنن ابن ماجه محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (٢٠٧-٢٧٣هـ).
- المراجع المعتمدة عند الإمامية:-
- ١- الكافي للكليني محمد بن يعقوب الكليني (ت ٣٢٨ هـ) .
 - ٢- من لا يحضره الفقيه لابي جعفر محمد بن علي بن الحسين (ت ٣٨١هـ).
 - ٣- الاستبصار للطوسي محمد بن الحسين بن علي (ت ٤١١هـ)

شروط العمل بمديث الأحاد:

أ/ يعتبر فقهاء الحنفية من المتشددين في شروط العمل بمديث الأحاد بسبب ماحدث في عصرهم من ظهور الرضاعين ومن إختلاق الحديث باسم النبي - إما بحسن النية أو بسوء النية كالأحاديث التي وضعت من قبل الناسخين.

ومن أهم شروطهم:

- ١- أن لا يعمل الراوي بخلاف ما رواه لأن مخالفة عمل الراوي لروايته يعد دليلاً على نسخ الحديث بالقرآن أو حديث آخر أو تبين عدم صحة الحديث^(١).
- ٢- أن لا يكون الحديث لبيان حكم مهم في الحياة البشرية تتكرر يومياً كخيار المجلس في البيوع، لأن الحديث في هذه الحالة لا يبقى أحاداً بل يصبح متواتراً أو مشهوراً على الأقل^(٢).
- ٣- أن لا يكون مخالفاً للقياس إذا لم يكن الراوي فقيهاً^(٣).
- ٤- أن لا يعارض دليلاً أقوى منه كالقرآن والحديث المتواتر والحديث المشهور والقواعد العامة المتفق عليها^(٤).
- ب / من شروط المالكية أن لا يتعارض الحديث مع عمل أهل المدينة^(٥).
- ج / ومن شروط الشافعية والمخالفة صحة سند الحديث وإتصاله بالنبي (ﷺ).
- د / ومن شروط الشيعة الإمامية:
- ١- تعدد الرواة (أكثر من واحد) .
- ٢- أن يكون الراوي من أئمة آل البيت^(٦).

(١) لذا لم يعملوا بحديث عائشة (رضي الله عنها): (أما امرأة نكحت نفسها بنفسه وإن وليها فنكاحها باطل)، حيث عملت عائشة بخلاف هذه الرواية فزوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر وقد كان غالياً بالخام بلا إذن وليها.

(٢) لذا لم يعملوا بحديث (البيهقي بالخيار ما لم يتفرقا).

(٣) لذا لم يعملوا بحديث معقل بن سنان (إن رسول الله ﷺ) قضى بمهر للمثل لامرأة -سردج بنت واشق- مات عنها زوجها قبل أن يمد لها المهر وقبل أن يدخل بها). لأن الراوي لم يكن فقيهاً.

(٤) لذا لم يعملوا بحديث أبي هريرة (انصروا الأهل والنفس لمن إبتاعها بعد ذلك فهو بمنزلة النظرين بعد أن يبلها، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر) والتصريفة جمع اللجن في ضرع الميوان بالحد وتركه المطلب مدة ليتخيل المشتري أن هذا الميوان كثر اللجن فقالوا إن هذا الحديث مخالف للقرآن في قوله تعالى (فَمَنْ اعْتَقَرَ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَقَرَ عَلَيْكُمْ) والتمر ليس مثل اللجن، ومخالفة الحديث (الحراج بالعمان) لأن الميوان للبيع بعد القبض يدخل في ضمان المشتري فله غنمه (كاللجن) كما عليه غرمه إذا تلف، ومخالفة للاجماع على أن ضمان للتليات يكون بالمثل وضمن القيسيات يكون بالقيمة فالتمر ليس مثل اللجن ولا يكون ضمانه بالقيمة لأن القيمة تزيد وتقل حسب كمية المثل المتلف كما في اللجن هنا.

(٥) لذا لم يعملوا بحديث خيار المجلس المذكور لأن أهل المدينة لم يعملوا به رغم أن المدينة مهبط الوحي.

(٦) لذا لم يعملوا بحديث (لا يصح بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وأختها). لأن هذا الحديث لم يتم روايته عن آل البيت حسب فقههم.

المطلب الثاني

وظائف السنة النبوية

سبق أن ذكرنا في الفصل الاول أن أحكام القرآن خمسة وهي: الأحكام الاعتقادية، والأحكام الأخلاقية، والأحكام الكونية، والأحكام العبرية، والأحكام العملية. وللسنة النبوية دور عظيم في تأكيد هذه الأحكام وفي بيانها وفي الإضافات التي سكت عنها القرآن وإن استعراض وظائف السنة النبوية في جميع هذه الأحكام يتطلب مجلدات بحيث من الصعب الإحاطة بجميعها.

بالإضافة إلى أن الهدف الرئيس من دراسة هذا المدخل تنوير الهدف لمعرفة الشريعة الإسلامية في باب الأحكام العملية.

لذا نقصر على بيان نماذج من وظائف السنة النبوية الخاصة بالأحكام العملية دون غيرها وهي:- تخصيص نص عام في القرآن لم يكن عمومه مراداً أو تقييد نص مطلق لم يكن إطلاقه مقصوداً، أو بيان نص مجمل لا يكون فهمه متيسراً من قبل المكلف بحكمه، أو تأكيد أحكام عملية واردة في القرآن الكريم لأهميتها للإنسان في حياته العملية، أو ذكر ما سكت عنه القرآن صراحة وقد بينه الرسول (ﷺ) لأهميته. وفيما يلي إيضاح تلك الوظائف:-

ولاً: تخصيص نص عام في القرآن الكريم إذا كان عمومه غير مراد أصلاً.

العام: هو ما يشمل جميع مامن شأنه أن يندرج تحته دفعة واحدة لغة أو عرفاً، أو عقلاً.

التخصيص: إخراج بعض أفراد العام المندرجه تحته من الحكم الوارد فيه فهو بمثابة عملية الطرح في الرياضيات.

ومن تطبيقاته قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾^(١١) ومن الواضح أن كلاً من لفظ (الرجال) و(النساء) جمع تكسيـر للرجل والمرأة على ب(ال) الاستفراق، يفيد العموم، فالأول يشمل كل ذكر-صغيراً كان أم كبيراً-، والثاني يشمل كل أنثى-صغيرة أم كبيرة-.

ولما لم يكن هذا العموم مراداً من أصله خصص عموم كلتا الصيغتين بالحديث الشريف (لا يرث القاتل) ولفظ القاتل يستعمل للذكر والأنثى في هذا المقام فكل وارث من الذكر والأنثى إذا قتل مورثه عمداً أو خطأ، يحرم من ميراثه كعمولة تبعية لعقوبة القصاص لو آية عقوبة أخرى.

وفلسفة ذلك أن الوارث القاتل يتهم بأن هدفه من هذا القتل هو الاستعجال في الحصول على ميراث مورثه المقتول، والقاعدة الشرعية والقانونية تقضي بأن (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)^(١٢) وقد قاس الفقهاء الموصى له القاتل للموصي والموهوب له القاتل للواهب، على الوارث القاتل لمورثه بجامع الفلسفة المذكورة من جهة، وحماية أرواح الأبرياء من جهة أخرى.

وكذلك أخرج الرسول (ﷺ) من شمولية الميراث الوارث الذي يختلف مع مورثه في الدين، كأن يكون أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم فقال (لا يتوارث أهل ملتين) ولكن الاختلاف في الدين لا يكون مانعاً من الوصية لأن الهدف منها هو التكافل الاقتصادي.

لذا أقترح أن يوصي كل من الزوجين للآخر في حالة اختلاف الدين بما لا يزيد عن ثلث تركته كما في حالة كون الزوج مسلماً والزوجة كثنائية (يهودية أو مسيحية) .

^(١١) سورة النساء. (٧).

^(١٢) مجلة الأحكام العدلية للمادة (٩٩).

ثانياً: تقييد النص المطلق:

للمطلق:- لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع، أو أصناف، أو أفراد يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل تقييده، أو يشمل كمية الشيء. كله أو بعضه.

فإذا ورد في القرآن نص مطلق وكان إطلاقه غير مراد في الأصل يتولى الرسول (ﷺ) تقييده كما أراه الله.

ومن تطبيقاته تقييد نص مطلق وارد في القرآن الكريم بالحديث النبوي قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأُولَادِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ عَقًّا عَلَى الْمُنْتَهَى^(١)﴾ فلفظ (الوصية) مطلق يشمل جميع التركة، أو ثلثها، أو نصفها، أو ثلثها أو غير ذلك.

ولما لم يكن هذا الإطلاق مراداً في هذه الآية أصلاً بادر الرسول (ﷺ) إلى تقييده بالثلث كما روي عن سعد بن أبي وقاص الصحابي الجليل رضي الله عنه من أنه قال ((قلت يا رسول الله (ﷺ) أنا ذو مال، وفي رواية: أنا كثر المال، لا يرثني إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: أفأتصدق بشطره-نصفه-؟ قال: لا. قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياً. خير من أن تذرهم عالة^(٢) يتكفون^(٣) الناس^(٤))).

ثالثاً: بيان نص مجمل في القرآن الكريم

المجمل: وهو لفظ غير واضح المعنى، أو ثقل من معناه اللغوي إلى المعنى الشرعي، ومن تطبيقاته في الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾. فهذا النص القرآني لا اختصاره مجمل فلم يتناول أركان الصلاة وشروطها وسننها فقام الرسول

^(١) سورة البقرة (١٨٠).

^(٢) جمع هائل وهو الفلج.

^(٣) يسألون الناس باكلهم.

^(٤) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري رقم الحديث (١٥٢٠) ومسلم في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث

(ﷺ) بلءاء الصلااء أمام أصحابه كاملة مستوفية أركانها وشروطها وآدابها ثم قال: ((صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصَلِّي)).

ومن تطبيقات بيان المجل في الزكاة قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾. فهذا النص مجمل أيضاً لاختصاره، فلم يبين لنا المال الذي تجب فيه الزكاة، ولا كمية نصلبها، أي الحد الأدنى الذي تجب فيه الزكاة، ولا للقدار الذي يجب إخراجها من المال لأجل الزكاة ودفعه للمستحقين، فتولى الرسول (ﷺ) هذه المهمة فبين لنا ما هو المراد من هذه الآية المجملة من أنواع الأموال التي تجب فيها الزكاة، ففي جنس الحيوان تجب في أربعة أنواع وهي الإبل والبقر والغنم والمعز. وفي جنس الحبوب تجب الزكاة في الخنطة والشعير، وفي جنس الشر تجب في التمر والزبيب، وفي جنس النقود تجب الزكاة في الذهب والفضة وفي كل عملة حلت محلها في التداول والتعامل في العالم.

بالإضافة إلى ذلك تجب الزكاة في أرباح الأموال التجارية وأعمالها وفي كل منقول آخر والعقار من الأموال التي تخص لغرض الاستغلال فتجب الزكاة فسي غلقتها دون وأعمالها وقد أملت إستعراض نصوص الأحاديث الواردة بشأن الزكاة إستبعاداً للتطوير^(١).

ومن تطبيقاته في الحج قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا^(٢)﴾ ولاجمل هذه الآية قام الرسول (ﷺ) بلءاء مناسك الحج أمام أصحابه ثم قال لهم ((خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ^(٣))).

(١) للاطلاع على هذه النصوص النبرية يراجع: - صحيح مسلم ٦٧٣/٢ ومايلها كتاب الزكاة صحيح البخارى بشرح فتح الباري ٣٠٩/٢ ومايلها باب فركم يعطى من الزكاة والصدقة سنن أبى داود بشرح عون للمهرود (ج) ٢ كتاب الزكاة.

(٢) سورة آل عمران (٩٧)

(٣) سبل السلام (٦/٣٢).

رابعاً: تأكيد ما ورد في القرآن من الأحكام لزيادة أهميتها في الحياة البشرية.

ومن تطبيقاته قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١) فهذه الآية تنص على ضرورة توفر عنصر التراضي في جميع المعاملات لأن لفظة (التراضي) للمشاركة فلا يكفي رضا أحد الطرفين وحده لصحة التصرف بل يجب أن يتوفر الرضى لدى كل واحد منهما. وقد أكد الرسول (ﷺ) أهمية هذا العنصر فقال: ((لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ، -وفي رواية- إِلَّا بِطَيْبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ)) .

خامساً: ذكر ما سكّته عنه القرآن صراحة.

وتطبيقات هذه الوظيفة لا تحصى لذا اقتصر على نماذج منها:-

أ- تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في الزواج فقال الرسول (ﷺ) ((لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَهَمَّتْهَا وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا^(٢)))، أي لا يجوز أن يجمع الرجل بين زوجتين في وقت واحد إحداهما تكون عمه للأخرى أو خالة لها، وقال في إحدى الروايتين في بيان حكمة تحريم هذا الجمع (إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم) وذلك للتناظر بين الضرتين بملقضى الغريزة الطبيعية.

ب- القضاء بيمين المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي بينة مقبولة لاثبات دعواه فقال الرسول (ﷺ) ((لَوْ يُعْطَى الثَّامِسُ بِدَعْوَاهُمْ لَدَاعَى ثَامِسٍ دِمَاءٌ وَجَالٍ وَأَمْوَالُهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ^(٣))). وفي حديث آخر قال ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر^(٤))). وحكمة ذلك أن المدعي يدعي خلاف الأصل وهو براءة

(١) سورة النساء (٢٩)

(٢) صحيح مسلم (١٠٢٨/٢).

(٣) صحيح مسلم ١٣٣٦/٢ رقم الحديث ١٧١١.

(٤) نيل الاوطار للفوكاتي ٤٤٤/٧.

الذمة، فلا يقبل منه دعواه إلا بالبيّنة، أما للدعي عليه فإنه مع الأصل لذا يُكتفى بيمينه.

ج- قضاء القاضي لا يكون إقراراً للواقع، فهو لا يُحلّ حراماً ولا يُحرّم حلالاً. فقال الرسول (ﷺ) ((إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِيَنِ الْخَصْمُ فَلَعَلَّ بَعْضَهُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغُ مِنْ بَعْضٍ فَأَخِيبُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَأَقْضِي لَهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ ^(١) فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنَ النَّارِ فَلْيَنْخِفْهَا أَوْ يَدْرِهَا ^(٢))).

وجدير بالذكر أنه شاع بين الناس أن للحديث وظيفة سادسة وهي نسخ القرآن بالحديث النبوي، وهذا خطأ لا يُغتفر، لأن الحديث ولو كان متواتراً، أقلّ قوة من القرآن الكريم، والنسخ يكون لرفع التناقض بين دليلين متناقضين متكافئين في القوة الالتزامية، وبناءً على ذلك إذا حصل التناقض بين آية قرآنية وحديث من الأحاديث النبوية يجب ترك العمل بهذا الحديث المتناقض مع الآية ^(٣).

^(١) أي عائد لشخص آخر مسلم. وقيد (مسلم) ليس له مفهوم المخالفة لمساواة المسلم وغير المسلم في الحقوق الدنيوية والمعاملات المالية.

^(٢) صحيح مسلم ١٣٣٨/٢.

^(٣) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) موضوع شروط النسخ.



الفصل الثاني الحكم الشرعي

الحكم الشرعي العملي:- هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع.

تحليل مفردات هذا التعريف:

المخاطب: وهو المخاطب به من النصوص الشرعية الاصلية الموجهة الى الاسرة البشرية من الاوامر مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(١) ومن النواهي مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾^(٢).
المتعلق:- لهي المنظم والمبين لاحكام التصرفات التي تصدر عن الإنسان من حيث المشروعية وعدمها، ومن حيث الصحة والبطالان والفساد، ودور الوقائع في السببية والشرطية والممانعة.

التصرفات:- التصرف هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، بإرادة حرة مدركة، بحيث يرتب عليه الشرع الأثر، سواء أكان مشروعاً أم لا، قولياً أم فعلياً. فالقولي المشروع كالعقود وغيه المشروع كالقذف والغيبة والتيممة. والفعلية المشروع كإتخاذ الغريق، وغيه المشروع كالقتل بدون حق. ويستنتج من التعريف المذكور ان التصرف الشرعي او القانوني يتوقف على توافر خمسة عناصر وهي:

(١) سورة البقرة / ٨٣.

(٢) سورة الاسراء / ٣٣.

١. أن يصدر العمل عن الإنسان فكل ما يصدر عن غبه كالحیوان والطبیعة يكون واقعة.

٢. أن يصدر بإرادة فكل ما يصدر عن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما فهو واقعة.

٣. أن يصدر بإرادة حرة فكل ما يصدر عن المكره والمضطر يكون واقعة.

٤. أن يكون بإرادة حرة راعية فكل ما يصدر عن النائم والساهي والحاطي والغافل والسكران فاقد التمييز وهو ذلك يكون واقعة.

٥. أن يُرتب عليه الشرع أو القانون أثراً يُعتد به، فالأقوال والأعمال الاعتيادية والاجتماعية لا تصرف بالتصرف الشرعي أو القانوني ولا بالواقعة التي يرتب عليها الشرع أو القانون أثراً يُعتد به.

الوقائع:- الواقعة ما حدثت رغم إرادة الإنسان سواء كانت من نتائج فعله كحوادث السيارات، أو بقوة قاهرة كتخطم طائرة في الجو، أو حدثت بإرادة، لكن لم تكن مما يُرتب عليه الشرع أو القانون أثراً، كالمكالمة للتفاهم والأعمال الاعتيادية من الأكل والشرب والنوم وهو ذلك، سواء كانت مادية كتألف المجنون مال الفسق، أم معنوية كالمجنون والقرابة والعقل، وبالإضافة إلى الوقائع المذكورة، فإن كل ما يصدر عن الحيوانات يُعتبر من الوقائع.

الالتضاء:- هو طلب الفعل على وجه الحتم والالتزام أو على وجه الأولوية والأفضلية.

وطلب التوك على وجه الحتم والالتزام أو على وجه الأولوية والأفضلية.

التخييع:- ترك الحرية للإنسان في فعل شيء أو تركه.

الوضع:- هو جعل فعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو عده صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً.

أسباب اختيار هذا التعريف:

أ- لم أطلع في المراجع الاصولية على تعريف للحكم الشرعي يخلو من لفظة المكلف او المكلفين ويتطرق لذكر الوقائع التي هي من صميم الحكم الوضعي رغم عدم كونها في كثير من الاحيان من أعمال المكلفين.

ب- إن بعض علماء أصول الفقه^(١) عرف الحكم الشرعي بتعريف الحكم الشرعي التكليفي، ثم قسمه الى الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي، رغم أنهما قسمان متباينان، فيكون ذلك من قبيل تقسيم الشيء الى نفسه وغيره وهو ما يرفضه المنطق والعقل.

ج- خلط رجال القانون بين الوقائع والتصرفات الفعلية الارادية للإنسان، فأدخلوا هذه التصرفات في الوقائع، مع أن الوقائع هي التي تقع رغم إرادة الإنسان، أو تقع بإرادته، لكن لا يرتب عليها الشرع أو القانون أثراً شرعياً أو قانونياً يُعتمد به، بالإضافة الى أن علماء القانون حصروا التصرف القولي في العقد والارادة المنفردة، وهذا مما ياباه المنطق والواقع.

اقسام الحكم الشرعي:

يستنتج من التعريف المذكور أن الحكم الشرعي ينقسم الى قسمين: التكليفي والوضعي وينصص لكل منهما مبحث مستقل.

^(١) كما بن السبكي (جمع الجوامع).

للمبحث الأول

الحكم الشرعي التكليفي

وهو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء، أو التخيير. المكلف:- هو الإنسان الذي يتوافر فيه الشروط الخمسة التالية: (البلوغ والعقل والعلم بما يكلف به والقدرة على ما يكلف به، والاختيار).

وإذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يتوجه إليه التكليف لقول تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا^(١)﴾ ولقول الرسول (ﷺ): ((إِنَّ اللَّهَ وَطَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْبَرُوا عَلَيْهِ))^(٢) وقوله (ﷺ): ((رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنْ الثَّامِرِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ، وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَكْبُرَ - أَوْ يَعْتَلِمَ -))^(٣).

أنواع الحكم الشرعي التكليفي:

الحكم الشرعي التكليفي ينقسم إلى خمسة أنواع، أربعة منها مندرجة تحت تعبير (الاقتضاء) وخامسها مندرجة تحت تعبير (التخيير) وهي (الاباحة)، كما في الإيضاح الآتي:

١- الإيجاب:- هو اقتضاء (طلب) الفعل على وجه الحتم والالزام، وهو صفة الشارع والأثر المترتب عليه هو الوجوب (الحكم الفقهي) الذي هو صفة الفعل المطلوب فيكون المطلوب واجباً، الذي يُعرف بأنه: ما طُلب على وجه الحتم والالزام بحيث يستحق فاعله التقدير في الدنيا والثواب في الآخرة. ويستحق تاركه اللوم والعقاب، وتركه جريمة سلبية، لأن الركن المادي فعل سلبي

^(١) سورة البقرة / ٢٨٦.

^(٢) رواه ابن ماجه ١ / ٦٥٩ كتاب الطلاق.

^(٣) أخرجه ابن ماجه ١ / ٦٥٨.

وهو الامتناع عن أداء الواجب^(١١).

الواجب والفرط:

وهما مترادفان عند جمهور الفقهاء والأصوليين، لأن المراد بكل منهما فعل طلب على وجه الحتم والالزام، سواء أكان ثابتاً بدليل ظني كحديث الآحاد، أم بدليل قطعي الثبوت كآية من آيات القرآن، وقال البعض -كالحنفية- الفرض ما ثبت بدليل قطعي، كإداء الزكاة والأمر بالمعروف والتعاون على البر والتقوى ونحو ذلك.

الواجب ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر والأضحية ونحوهما.

ورأي الجمهور هو الأفقه، ما دام الفعل مطلوباً في الحالتين على وجه الالزام، سواء أكان المطلوب واجباً لذاته أم لغيره^(١٢).

٢- الاستحباب: وهو طلب الفعل على وجه الأولوية، وهو صفة الشارع وأثره الندب وهو صفة تصرفات الإنسان، والفعل المطلوب يسمى مندوباً ومستحباً وسنةً ونفعلاً.

٣- التحريم:- وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام والأثر المترتب على التحريم الحرمة، والتحريم صفة الشارع والحرمة صفة تصرف الإنسان غير المشروع، والفعل المطلوب هو الإمتناع والكف عن المنهي عنه على وجه الحتم والالزام، ويسمى محرماً وحراماً، ويستحق فاعلة الذم والعقاب وتاركه بالنية يستحق التقدير والشواب مثل ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً

^(١١) وهذا يتضح الفرق بين الإيجاب والوجوب والواجب، فالأول حكم أصولي وصفة الشارع، والثاني حكم ظاهري وصفة تصرف الإنسان المكلف، والثالث الفعل المطلوب وهو صفة الإنسان المكلف، وهكذا في بقية أنواع الحكم التكليفي.

^(١٢) وقد ظن البعض -كصاحب جمع الجوامع- ١ / ٨٨ أن الخلاف لفظي، وهذا الظن غير صحيح، لأن الخلاف اللفظي لا يترتب عليه الآثار الخلافية، في حين يترتب على هذا الخلاف إختلاف الحنفية مع غيرهم -كالشافعية- في بعض المسائل الفقهية، منها أن الصلاة بدون فاتحة الكتاب مع القدرة عليها باطلة عند الشافعية وصحيحة عند الحنفية إلا قرأ ما يملؤها من الآيات القرآنية الأخر، ومن الواضح أن قراءة الفاتحة في الصلاة تثبت بدليل ظني وهو قول النبي (ﷺ) ((لَا صَلَاةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ)) - أخرجه مسلم ٤ / ٣٤٣ كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة بفتح النون.

وَمَاءَ سَبِيلًا^(١)﴾.

والمحرّم كالواجب قد يكون لذاته كما سبق في جريمة الزنى وقد يكون لغيره كالمخطبة على خطبة الغير في الزواج.

٤- الاستكراه:- وهو طلب ترك فعل على وجه الأولوية والافضلية كالتدخل في شؤون الغير بدون مجبر، وهو صفة الشارع، وأثره يُسمى كراهة، وهي صفة تصرف الإنسان، والفعل المطلوب تركه يُسمى مكروها.

٥- الاستباحة:- هي طلب الشارع ممارسة العمل والامتناع عنه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتغيير الإنسان بينهما دين لوم او مدح او ثواب او عقاب كما في قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ^(٢)﴾.

وجدير بالذكر ان علماء أصول الفقه استعملوا النذب كصفة للشارع وصفة لفعل الإنسان وكذلك فعلوا بالنسبة للكراهة والاباحة وهذا يتعارض مع المنطق السليم لذا استعملنا للشارع تعابير الاستحباب كصفة للشارع والاباحة وهي صفة فعل الإنسان والاستكراه للشارع والكراهة لفعل العبد، والاستباحة للشارع والاباحة لفعل الإنسان^(٣).

(١) سورة الاسراء / ٣٢.

(٢) سورة المائدة / ٥.

(٣) وجدير بالذكر ان بعض العلماء من الاصوليين كالإمام الغزالي (رحمة الله عليه) في كتابه المستصفى مكتبة الجندی- مصر ١٩٧٠ ص ٨٠. ان الأحكام الشرعية التكليفية خمسة وهي الواجب والمنسوب والمحرّم والمكروه وللباح، مع أن هذه الأمور هي أفعال ثبت لها الحكم الشرعي التكليفي، فالواجب هو الفعل والحكم الثابت له هو الوجوب، والمكروه هو الفعل والحكم التكليفي الثابت له الكراهة وهكذا في بقية الأنواع فهو خلط بين الفعل الثابت له الحكم التكليفي وبين الحكم التكليفي نفسه.

المبحث الثاني الحكم الشرعي الوضعي

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان أو بالوقائع الشرعية على وجه الوضع أي جعل الشيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه.

١- السبب:

وهو في اللغة ما يمكن التوصل به إلى مقصود، ومنه سمي الطريق سبباً. وفي اصطلاح الأصوليين: وصف ظاهر منضبط^(١) يرتب عليه الشارع حكماً يتحقق بتعلقه وينتفي بانتفائه، كالقراءة جعلت سبباً للمراث والقتل العمد العدوان جعل سبباً للقصاص وهكذا.

السبب والعلة:

اختلفت آراء الأصوليين في الصلة بينهما.

أ- فمنهم من ذهب إلى أنهما مترادفان.

ب- ومنهم من قال أن العلة قسم السبب، على أساس أن العلة نوع من أنواع الحكم الوضعي.

ج- ومنهم من قال العلة أخص مطلقاً من السبب، فكل علة سبب دون العكس الكلي، لأن الإنسان إذا أدرك العلاقة بين السبب ومسببه، كالقتل للقصاص والاتلاف للتعويض، يكون السبب علة وإن لم يدرك عقل الإنسان الحكمة والربط بين السبب ومسببه، كدلول الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر لا يكون هذا السبب علة.

^(١) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد.

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالأخذ به هو أن العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب، لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي والحكمة المتوخاة من تشريعه، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب، وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفساد عنهم فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان وعقلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء. وسبب وجوب الجلد هو الزنا، وعقلته هي المحافظة على الأعراض والأنساب، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقة، وعقلته هي المحافظة على أموال الناس وهكذا. وهذا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلاسفة المسلمين كالمعتزلة وغيرهم: (إن أحكام الله معللة بالأغراض).

وقد عارضهم الآخرون كالاشاعرة، قالوا بعدم صحة هذا الكلام، لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام. ولكن هذا زعم غير دقيق، لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج والمصالح لتشريع الأحكام وتطبيقها، إنما هي بالنسبة للمكلفين بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وأمر بتطبيقها.

٢- الشرط:

الشرط في اللغة العلامة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا^(١)﴾ أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي أو القانوني ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفه دون أن يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولكن لا يلزم من وجوده الوجود كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور اكمال الزواج لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء^(٢).

(١) سورة محمد / ١٨.

(٢) أما عند الشيعة الإمامية فليس شرطاً لصحة الزواج.

انواع الشرط من حيث مصدره:

- أ- الشرط الشرعي:- وهو وصف ظاهر متعبط جعل الشارع وجوده ضرورياً لانعدام التصرف لو صحته^(١) او نفاذه^(٢) او لزمه^(٣).
- ب- الشرط العقلي:- هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بملتنفى العقل كالحياة للعلم.
- ج- الشرط العادي:- هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء. عادة كنصب السلم لصعود السطح.
- د- الشرط القانوني:- هو الذي يكون مصدره القانون كالشروط القانونية لتعيين الموظف في الدوائر وقبول الطالب في الكليات.
- هـ- الشرط الجعلي او الشرط اللغوي:- وهو الشرط الذي يكون مصدره ارادة المتعاقدين وعبارة عن جملة شرطية مصدره باداء من ادوات الشرط مثل شرط كون نفقات تسليم المبيع على البائع^(٤).

٢- المانع:

المانع في اللغة العائق وما يكفله عن القيام بعمل. وفي اصطلاح الأصوليين وصف إرادى^(٥) إذا اجتمع مع سبب الحكم أبطل مفعوله (تأثيره) وجعله سبباً ضرورياً، او منع ترتب الحكم على سببه رغم بقاءه سبباً حقيقياً.

أنواع المانع:

ينقسم المانع بمشيات مختلفة الى انواع متعددة منها:-

^(١) كالتنية في الوضوء. فهي شرط لصحة الصلاة.

^(٢) مثل كمال: اهلية الانسان لنفلا تصرفاته.

^(٣) كعدم وجود عيب خفي في للمبيع في عقد البيع للزوم.

^(٤) ينظر في تفصيل الشرط وانواعه مؤلفنا أصول الفقه في نميجه الجديد ج ٢، ص ٢٧٤. وما بعدها.

^(٥) المانع الارادي قاتل الولد لمورثه بلارادته فانه مانع من ان يرث منه.

- أ- مانع الحكم:- قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناءً على قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) كالقتل فإنه مانع من الميراث رغم تحقق سببه كالقراة والزوجة.
- ب- مانع السبب:- وهو الذي يكون مبطلاً لأصل السبب وحقيقته بحيث يجعله صورياً كالذين فإنه جعل عند بعض الفقهاء مانعاً لوجوب الزكاة رغم وجود النصاب، لأن من يملك مليون دينار مثلاً، ويكون مديناً بنفس المبلغ، فلا تهب عليه الزكاة^(١).

^(١) ينظر في تفصيل الموانع مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد ج ٢، ص ٢٥٥. وما بعدها.



الفصل الثالث

المصادر الكاشفة للأحكام الشرعية

سبق أن ذكرنا في الفصل الأول أن القرآن دستور إلهي خالد، عدل الدساتير الإلهية السابقة، واحتفظ بأهميات أحكامها التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وأضاف إليها أحكاماً جديدة تتناسب مع نضج العقل البشري. ومن الواضح أن وظيفة الدستور تصميم بناء الحياة، وتخطيط تنظيمها في قواعد كلية.

وقد صنع القرآن الكريم دائرة من الأخلاق، وأمر في أكثر من خمسين آية قرآنية العقل البشري بأن يتحرك وأن يقوم بإرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في كل زمان ومكان حسب مستلزمات الحياة ومقتضياتها شريطة أن لا يخرج من تلك الدائرة الأخلاقية، وبذلك نبهنا القرآن الكريم على أن العقل والنقل صنوان، كل منهما يكمل الثاني، فالنقل بدون العقل لا يدفع الإنسان إلى إرجاع الجزئيات إلى الكليات بصورة والعية، كما أن العقل وحده قاصر لا يكفي لأداء رسالته على وجه أتم وأكمل. لهذا بل لأكثر من هذا، إكتشف علماء الإسلام من الأصوليين والفقهاء، طرقاً متعددة، تُساعد المجتهد والمفتي والقاضي على إرجاع الجزئيات والمستحدثات إلى تلك الكليات التي هي من الوحي الإلهي فلا تقبل الخطأ ولا تعرف التخلف وترفض كل جمود للعقل البشري وكل تقليد بمذهب معين.

ومن أهم تلك الطرق الاكتشافية التي تسمى عند الأصوليين (المصادر التبعية): الإجماع والعرف والسوابق القضائية للخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة التي تسمى (قول الصحابي)، وشرع من قبلنا. فهذه الطرق الأربع (أو المصادر الكاشفة لأحكام

الله) نقلية لانتقالها من الجيل السابق الى الجيل اللاحق كما هي، ونخصص لدراستها مبحث مستقل.

وبالإضافة الى تلك المصادر النقلية، هناك خمسة مصادر عقلية وهي: القياس والاستحسان، والمصلحة، وسد الذرائع، والاستصحاب؛ وتتناول دراستها في مبحث ثان.

المبحث الأول

المصادر الكاشفة النقلية

وتناول في هذا المبحث دراستها بإيجاز حسب التسلسل المذكور:

أولاً: الاجماع؛

وهو لغة الاتفاق مطلقاً. وفي اصطلاح أهل الشرع إتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور على حكم شرعي إجتهادي لسند. ويؤخذ من هذا التعريف أن الاجتهاد الشرعي يتوقف على توفر ستة عناصر وهي:-

١- أهلية الاجتهاد ولتحقق هذه الأهلية من الضروري توفر العناصر الثلاثة الآتية:-

أ- فهم روح وجوهر الشريعة الإسلامية وأهدافها.

ب- فهم روح وجوهر الحياة ومتطلباتها.

ج- فهم جوهر العلاقة بين الحياة والشريعة الإسلامية.

فكل من تتوفر فيه هذه العناصر يكون أهلاً للاجتهاد، سواء كان ذكراً أم انثى، عادلاً أم فاسقاً.

والاتفاق الجماعي لم يتحقق لمجتهد أمة محمد (ﷺ) إلا في عصر الصحابة قبل إنتشارهم في الأقطار الإسلامية، والاجماع إمّا صريح إذا إتفق الجميع على الحكم

قولاً أو عملاً أو قضاءً، وإما سكوتي إذا أفتى البعض في الموضوع وسكت الباقون دون معارضة ظاهراً أو باطناً، كما في قضاء سيدنا عمر رضي الله عنه بإيقاف نصيب (المؤلفة قلوبهم) وسكوت بقية الصحابة وعدم معارضتهم.

٢- أن يكون المجتهدون كلهم من أمة محمد.

٣- أن يكون الاتفاق واضحاً بالقول أو العمل أو القضاء بعد فهم الموضوع.

٤- أن يكون الاتفاق بعد عصر الرسالة لأن المتفقين إذا كان معهم الرسول ﷺ يكون مصدر الحكم السنة النبوية دون الاجماع، وإن خالفهم فالاجماع لا ينعقد ولا يعتد به.

٥- أن يكون الحكم شرعياً سواء أكان دينياً أم دنيوياً.

٦- أن يكون للاجماع سند شرعي، وهو إما نص من القرآن أو السنة النبوية أو مصلحة شرعية.

وجدير بالذكر أن الاجماع لا يلجأ إليه أو لافائدة فيه عند وجود نص شرعي دال على الحكم المطلوب دلالة قطعية، أما إذا كان غملاً لأكثر من معنى أو كان النص ظني الثبوت بأن يكون من أحاديث الأحاد تكون فائدة الاجماع تحديد المعنى المراد من النص الظني الدلالة وصحوة النص ظني الثبوت دليلاً قطعياً بوساطة الاجماع، كالاجماع على أن لمدة السمس إستناداً إلى قول الرسول ﷺ (أعطوا الجدة السمس).

حجية الاجماع:

١- الاجماع الصريح حجة قطعية باجماع علماء الإسلام.

٢- الاجماع السكوتي حجة ظنية.

وفي رأينا المتواضع يكون إتفاق الاكثرية من المجمعين حجة يبرز العمل به.

ثانياً: العرف:

وهو في اصطلاح أهل الشرع ما يتكرر إستعماله من فعل أو قول حتى يكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات الشرعية والقانونية^(١).

عناصر العرف (مادي ومعنوي).

- أ- العنصر المادي: هو الفعل أو القول المتكرر إستعماله.
- ب- العنصر المعنوي (النفسي): وهو صفة التقبل والاحترام والالتزام وهذان العنصران من الأركان أما شروط العمل فهي الآتية:-
 - ١- أن يكون صحيحاً، أي لا يُخالف دليلاً من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعدها الأساسية.
 - ٢- أن يكون مطرداً فإن كان مضطرباً بان يطبق في بعض الحالات ويتوك في حالات أخرى لا يصلح أن يكون مصدراً كاشفاً للعكم.
 - ٣- أن يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبنى عليه حكمها.
 - ٤- أن يكون عاماً في الأحكام العامة وخصوصاً في الأحكام الخاصة.
 - ٥- أن لا يتفق طرفاً العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف السائد وإلا فيُقدم العمل بالإتفاق على العمل بالعرف.

أنواع العرف:

ينقسم العرف الى أنواع متعددة بمميزات مختلفة منها:-

(أ) من حيث النطاق هام وخاص:

- ١- العرف العام: الذي لا يخص إقليماً دون آخر كالأعراف الدولية المعمول بها في جميع الدول، مثل عدم تدخل كل دولة في شؤون دولة أخرى باعتباره مساساً بسياساتها.

(١) وهذا التعريف من مقترحنا في مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد.

٢- العرف الخاص: وهو ما يخص إقليما معينا أو أقاليم عدة كالألبسة الكردية

والعريية وتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

(ب) من حيث النفع والضرر صحيح وفاسد:-

١- العرف الصحيح: هـ الذي لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة كبيع

السلع بالأقساط وضمان الشركات لسلامة البضاعة أو السلعة المبعة مدة

معينة.

٢- العرف الفاسد: هو الذي يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة مثل

كشف النساء في هذا العصر لعوراتهن وتبرجهن تبرج المجاهلية الأولى.

(جـ) ومن حيث الطبيعة اللفظي واهلي:

١- العرف اللفظي: كعرف العرب في إطلاق الولد على الذكر.

٢- العرف اهلي:- كتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

هـجية العرف:

العرف الصحيح هجة، للأدلة الآتية:

١- القرآن الكريم: نص القرآن الكريم على تعبير العرف أو المعروف في آيات كثيرة،

منها قوله تعالى في بيان الحقوق والالتزامات الزوجية بمقتضى العرف السائد:

﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ^(١)﴾.

أي يجب على كل من الزوجين الوفاء بالتزاماته الزوجية وأداء حقوقه تجاه الآخر

في ضوء العرف الصحيح السائد في بلدهما

٢- السنة النبوية: قال الرسول (ﷺ) (مارأه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن،

وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح).

٣- الاجماع: أجمع الفقهاء والعقلاء على أن العرف الصحيح السائد يجب مراعاته

في التصرفات وفي الحقوق والالتزامات.

^(١) سورة البقرة / ٢٢٨.

٤- العقل السليم يقضي بضرورة رعاية الاعراف الصحيحة دوليا وداخليا وأن مخالفتها تعرض للمخالف للنقد والذوم والاتصاف بالاحمال والتقصير.

ثالثاً: السوابق القضائية لفقهاء الصحابة :

لأنهم نشأوا في مدرسة الرسول، ووعوا حِكَمَ أحكام القرآن وأسبابَ نزول آياته، إضافة إلى الفهم الصحيح لمل ماحو فيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما وحرمة كل مافيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما.

وفي ضوء هذا الفهم الصحيح أفتوا وقضوا ثم أصبح ذلك مصدرا خصباً لفقهاء الفقهاء الذين أتوا بعدهم.

ومن تطبيقاته:- قضاء عمر بن الخطاب ؓ في خلافته بايقاف عقوبة السارق إذا دفعته الحاجة الى ارتكاب السرقة. وقضاء عثمان بن عفان ؓ في خلافته بميثاث زوجة يطلقها زوجها في مرض موته، لأنه يُتهم بأن الطلاق كان بقصد سيء وهو حرمان الزوجة من الميثاث.

وكقضاء الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود بأن من مات عن زوجة لم يدخل بها ولم يحدد لها مهرأ:- لها الميثاث منه ولها مهر مثلها من تركته وقد أجمع جميع فقهاء الشريعة الذين أتوا من بعدهم على أن هذه السوابق القضائية وظيفها حجة يجب على القاضي والمفتي أن يعمل بمقتضاها.

وابتأ؛ شرع من قبلنا؛

أي الشرائع الإلهية التي نزلت على الرسل قبل رسالة محمد كشريعتي موسى وعيسى عليهما السلام ما لم تكن مُحَرَفَةً.

ومن المؤسف أن نرى أن علماء أصول الفقه خصصوا في مؤلفاتهم مساحات واسعة لخلافاتهم وأدلتهم حول حجية تلك الشرائع بالنسبة للمسلمين.

وفي رأينا المتواضع أن الخلاف في هذا المصدر الكاشف ضياع للعمر والوقت والحجر والورق، لأن المسألة واضحة وضوح الشمس في نصف النهار، بعد أن بين لنا القرآن أن شريعة كل رسولٍ سابقٍ خاصةً بأمتة، وأن الدين مشترك بين جميع الأسر البشرية

حيث قال سبحانه وتعالى في التمييز بينهما:

أ- ﴿لِكُلِّ جَمْعًا مِثْكُم شِرْعَةٌ وَمِنْهَا جَاءَ...﴾.

ب- وقال في عمومية الدين وهو الايمان بالله ومايتفرع عنه من المفيات وإشتراك

جميع الناس فيه في كل زمان ومكان وجوب العمل بمقتضاه: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِّنَ

الدين مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى

وَعِيسَى أَنِ اتَّبِعُوا الدِّينَ وَلَمَّا تَفَرَّقُوا فِيهِ...﴾^(١).

وقال ﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا

نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِّن دُونِ اللَّهِ فَإِن تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا

بِأَنَّا مُسْلِمُونَ﴾^(٢).

وبعد هذا الايضاح من القرآن الكريم في التمييز بين الشريعة التي هي خاصة بامة

كل رسول وبين الدين الذي هو مشترك بين جميع الناس مادامت الحياة باقية على

كوكب الأرض، فلا مجر لتلك الخلافات في كتب أصول الفقه رغم عدم وصولهم الى

دليل مقنع. وحكمة هذا التمييز هو أن الشريعة تنظم الحياة الدنيوية وأن الدين ينظم

الحياة الأخروية. وكل ماذكر في القرآن الكريم بالنسبة للدين من الشرائع السابقة فهو

شرع لنا بلا خلاف.

^(١) سورة المائدة / ٤٨

^(٢) سورة الشورى / ١٣

^(٣) سورة آل عمران / ٦٤

المبحث الثاني

المصادر الكاشفة العقلية

أهم المصادر الكاشفة العقلية التي مصدر إدراكها عقل الإنسان: القياس، والاستحسان، والمصلحة، وسد الذرائع، والمصالح.

أولاً: القياس:

التعريف الحقيقي للقياس في رأينا المتواضع هو إرجاع المستحدثات الجزئية الى كليات القرآن والسنة النبوية المعقولة المعاني (أي التي يدرك العقل عللها وغاياتها وحكمها).

أما الكليات التعبدية فلا يجوز فيها القياس وعلى سبيل المثال تخصيص شهر رمضان المبارك بالصيام حكم تعبدية فلا يجوز نقل هذا الصيام الى شهر آخر عن طريق القياس.

ولكن يجوز قياس حرمة إحراق مال اليتيم على أكله بجامع الضرر في التحريم، لإدراك عقل الإنسان لحكمة هذا التحريم، وهي حماية حقوق اليتيم التي لا يتمكن أن يدافع عنها بنفسه، كما جاء في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا^(١)﴾

وعرفه علماء أصول الفقه بأنه إلحاق واقعة لم يرد بشأنها نص بواقعة أخرى منصوص عليها بنص خاص في الحكم لمشاركتها في علة هذا الحكم. كقياس الموصى له القاتل للموصي، والموهوب له القاتل للواهب على الوارث القاتل لموثره في حرمان الأول من الوصية والثاني من الهبة والثالث من المياث لعلة مشتركة وهي (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) وينبأ على هذا التعريف قولهم بأن:

(١) سورة النساء: ١٠٠.

أركان القياس الشرعي أربعة وهي:

- ١- المقيس عليه: كالوارث القاتل لمورثه.
- ٢- المقيس: كالمرص له القاتل للموصي والمروء له القاتل للواهب.
- ٣- العلة المشتركة: وهي الاستعجال في الحصول على مال قبل حلول وقته.
- ٤- الحكم: وهو الحرمان الثابت في المقيس عليه بنص خاص ونقله إلى المقيس عن طريق القياس.

وقد خصص علماء أصول الفقه في مؤلفاتهم والباحثون في بحوثهم مساحات واسعة لاستعراض الأدلة على حجية القياس من القائلين بها كالمجهور، وعدم حجيته من الرافضين لهذه الحجية كالشيعة الإمامية والظاهرية.

وقد خصص أكبر فقيه تقديمي وهو ابن قيم الجوزية (رحمه الله) زهاء ٣٠٠ صحيفة من كتابه (إعلام الموقعين) لاستعراض تلك الأدلة وهذه الجهود من العلماء والفقهاء مع تقدير مكانتهم العلمية تعد من ضياع العمر والوقت للذين لا يعوضان أبداً وكل ذلك كان مبنياً على أساس خلطهم بين كون القياس حجة كاشفة لحكم الله وبين كونه حجة منشئة.

لأننا إذا اعتبرناه حجة كاشفة فلأمبر للخلاف في هذه الحجية إما إذا اعتبرناه حجة منشئة للحكم فإن من البيدهات أن الأحكام الشرعية مصدرها هو الله كما قال تعالى: ﴿إِن الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ^(١)﴾.

أنواع القياس:

ينقسم القياس من حيث قوة وضعف العلة المشتركة إلى القياس الأولي، والقياس المساري، والقياس الأدنى:-

- ١- القياس الأولي: هو أن تكون درجة العلة المشتركة في المقيس أقوى منها في المقيس عليه كقياس ضرب الوالدين على التأفيف في التحريم الثابت بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا^(١)﴾.

^(١) سورة يوسف / ٤٠

والعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه هي إيذاء قلوب الوالدين إيذاءً مادياً أو معنوياً. ومن الواضح أن الإيذاء في الضرب أقوى شدة منه في التأنيف والضجر.

٢- القياس المساوي: وهو أن تكون العلة المشتركة متساوية كقياس إحراق مال اليتيم على أكله في التحريم يجمع الضرر ومن الواضح أن الضرر في كلتا الحالتين متساوٍ في الحجم والمقدار.

٣- القياس الأدنى: وهو أن تكون العلة في المقيس أدنى قوة من المقيس عليه كقياس أبي حنيفة (رحمه الله) جواز زواج البنت البالغة العاقلة الرشيدة بدون إذن وليها قياساً على صحة تصرفها في مالها الخاص كبيع سيارتها الخاصة مثلاً بدون إذن وليها.

ومن الواضح أن موضوع الزواج يختلف عن موضوع التصرف في المال الخاص لأن الأول يتعلق بسمعة أسرة البنت بقرينة أن الإمام أبا حنيفة (رحمه الله) نفسه قال (وتنسب إليها الوقاحة) ثم إن للولي حق القوية عليها وهو ذلك.

ثانياً: الاستعسان؛

وهو استثناء بعض الجزئيات من قاعدتها الكلية رعاية لمصلحة أو ضرورة أو عرف صحيح. ومن تطبيقاته:-

١- أن القاعدة العامة في قانون الخدمة المدنية أو العسكرية أن الموظف الحكومي أو المكلف بخدمة عامة لا يستحق المرتب التقاعدي إلا أن يكون له خدمة فعلية لا تقل عن خمس عشرة سنة مثلاً.

ويستثنى من هذه القاعدة رعاية للمصلحة من إستشهد أثناء أداء واجبه من جرائه وهو يعمل لمصلحة عامة كالجيش الشعبي في النظام السابق في العراق وييشمه ركه في كردستان العراق.

ب- القاعدة العامة في أهلية الزواج إكمال الثامنة عشرة من العمر، لكن جاز شرعاً وقانوناً على أساس الاستحسان والاستثناء من القاعدة العامة، زواج من أكمل الخامسة عشرة، بالنسبة لبنت تتوافر فيها القابلية البدنية، بإذن وليها والقاضي، كما في حالة تركها الدراسة وعدم وجود معيل متمكن يُنفق عليها.

ثالثاً: المصلحة:

وهي المنفعة المستجلبة والمفسدة المستدرة، سواء أكانت عامة أم خاصة مادية أم معنوية، دنيوية أم أخروية.

وهذا المصدر العقلي يعد من أهم طرق إكتشاف أحكام الله وتنفذ الأحكام المبنية عليها حسب تغيّرها في كل زمان ومكان.

وأهمية المصلحة للمشروعة تتجلى في أن القرآن الكريم حصر أهداف الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الناس المشروعة، عامة كانت أم خاصة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ^(١)﴾ والرحمة في هذه الآية هي المصلحة البشرية لأن الله تعالى غني مطلق عن طاعة الإنسان، فلو إستغرق وقته في العبادة والطاعة لمازاد مثقال ذرة من عظمته، وكذا لو أفنى الإنسان عمره كله في الضلال والزندقة والاحاد، لما نقصت ذرة من عظمته، فكل أمر من الله إنما هو لنفع المأمور به وكل نهي عن شيء، ليس للاستبعاد الضرر عنه.

أقسام المصلحة:

قسم علماء الإسلام المصلحة بميشتات مختلفة إلى أقسام متعددة كما يلي:

١- من حيث الاعتبار وعدمه، قُسمت المصلحة الى المعتبة وغير المعتبة والمرسلة.

١- المصلحة المعتبة: هي التي نص الشارع على إعتبارها وروايتها في الأحكام

كمصلحة حماية الارواح في إيجاب القصاص على الجاني في قوله تعالى:

﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ^(٢)﴾.

(١) سورة الانبياء/١٠٧

(٢) سورة البقرة/١٧٩.

٢- المصلحة غير المعتبرة:- وهي التي نص الشارع على إلغائها في باب الأحكام، كمصلحة الفشاش في كسب الأرباح عن طريق الفش. قال الرسول (ﷺ) ((مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)).

٣- المصلحة المرسلة (أو المطلقة):- وهي التي لم يرد بشأنها نص على اعتبارها أو عدم اعتبارها كمصلحة تنظيم المرور في العصر الحديث لحماية الأرواح والأموال، ومصلحة تنظيم الرسوم الكمركية حماية للمصلحة الاقتصادية الوطنية.

وفي رأينا المتواضع أنَّ هذا التقسيم الثلاثي غير وارد في شرع الله، لأن هذا النوع الأخير إذا كان من شأنه أن يخدم المصالح المعتبرة يُعدّ منها كالمصالح المكتملة لها، وإذا كان من شأنه أن يساعد على تحقيق المصالح غير المعتبرة، فيكون منها وبناء على ذلك لا مبرر لهذا التقسيم التقليدي القديم.

فالمصلحة قسمان إما معتبرة أو غير معتبرة في شرع الله ولا ثالث لهما.

ب- من حيث الأهمية قسم علماء الإسلام المصلحة المعتبرة الى الضرورية والحاجية والتحسينية:-

القسم الأول: المصالح الضرورية: هي المقاصد الرئيسة للشريعة الإسلامية، ووجه كونها ضرورية، هو أنَّ كل مجتمع إذا تخلفت فيه مصلحة من المصالح الضرورية يمتثل نظام هذا المجتمع، سواء أكان مجتمعاً إسلامياً أم غير إسلامي.

وقد قُسمت المصلحة الضرورية عند علماء أصول الفقه وغيرهم الى خمسة أنواع وهي: حماية الدين، وحماية النفس ومادون النفس، وحماية النسب والعرض، وحماية الأموال، وحماية العقول.

أولاً: حماية الدين: من الضروري إعتناق كل إنسان للإسلام الذي هو آخر دين إلهي نزل للمصلحة البشرية، والالتزام بهذا الدين من ضرورات حياة كل إنسان، لأن من لا دين له لا إلتزام له، ومن لم يكن ملتزماً لا يكون صالحاً لأن يكون عضواً في مجتمعه، ولا أهلاً لتحمل أية مسؤولية دنيوية.

ثانياً: حماية الحياة: والحياة وصحتها من الضروريات للإنسان أداء.
رسالته تجاه ربه ونفسه والمجتمع فهذا الأداء. يتوقف على إستمرارية الحياة وسلامة الجسد.

ثالثاً: حماية العرض: من ضروريات حماية كرامة الإنسان وشرفه وأخلاقه.
وقد قيل:

وإنما الأمم الأخلاق ما بقيت فإن هم ذهبت أخلاقهم ذهبوا
رابعاً:- حماية الأموال:- وهي من ضروريات إستمرارية الحياة ومن مقوماتها الرئيسة.

خامساً: حماية العقول:- لان العقل ميزة وحيدة تميز الإنسان من الحيوانات، فالإنسان والحيوان يشتركان في كل شيء من مقومات الحياة، الا العقل وبه يتقدم الإنسان ويطور حضارته، ويؤمن سعادته.
القسم الثاني: للمصالح الحاجية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية في حياة الإنسان كالحاجيات التي تساعد على حماية المصالح الضرورية فكل ما يدخل في العالم التكنولوجي يُعدّ من المصالح الحاجية، وجميع وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية وطرق الاتصالات السلكية واللاسلكية وعلاقات الشعوب والاستفادة من المحبات المتبادلة وراحتهم النظام الداخلي والدولي وهو ذلك كلها تُعدّ من المصالح الحاجية.

القسم الثالث: للمصالح التحسينية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية والحاجية.

ومن تطبيقاتها العملية في هذا العصر السفرات السياحية للراحة النفسية والزيارات المتبادلة بين الأقارب والأصدقاء لتقوية الصلة، وزيارة المرضى وتقديم الهدايا بالمناسبات والتحيات المتبادلة عند اللقاءات والاستمرار على الرياضة النفسية والجسمية والحفاظ على النظافة وحماية البيئة من التلوث وهو ذلك كلها تعد من المصالح التحسينية.

وجدير بالذكر أننا لا نهدف في المراجع التي تناولت هذه التقسيمات معياراً موضوعياً للتمييز بينها فكم من المصالح الحاجية أصبحت من ضروريات الحياة، وكم

بما كانت من التحسينات أصبحت اليوم -بمقتضى تطور الحياة- من الضروريات والحاجيات.

وبناءً على هذه الحقيقة فإن توصيف المصلحة بأنها من الضروريات أو الحاجات أو التحسينات خاضع للظروف وتطورات الحياة في كل زمان ومكان.

رفع التعارض بين المصالح المتعارضة:

إذا وقع تعارض بين مصلحتين يرفع في ضوء المعايير الآتية:-

١- إذا تعارضت مصلحة الدين مع مصلحة الحياة تقدم الأولى على الثانية لأهمية الدين والعقائد في حياة الإنسان، لذا شرع الجهاد للدفاع عنه.

٢- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية العرض تقدم الثانية على الأولى، لأن الاخلال بها يمس كرامة الإنسان وشرفه وقيمه وأخلاقه.

٣- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الأولى على الثانية لأن الثانية تُعَوِّضُ بعد فواتها، بخلاف الأولى، لذا تكون رعاية حماية الأرواح أولى من رعاية حماية الأموال.

٤- عند التعارض بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية تقدم الأولى على الثانية والثالثة، وتقدم الثانية على الثالثة حسب الأهمية.

٥- في التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة تُقدِّمُ الأولى، لأن الخاصة تتعلق ضمن العامة ولو كان هذا التحقق بنسبة جزئية، بخلاف الثانية لأن المصلحة الخاصة لا تستلزم غالباً تحقيق المصلحة العامة.

٦- في حالة تعارض المصلحة المحققة والاحتمالية تقدم الأولى لذا تقدم مصلحة الزوجة في الحكم بوفاء زوجها المفقود بعد مدة يحددها الشرع أو القانون لأن بقاء الزوج في الحياة أمر مشكوك فيه.

٧- إذا تعارضت منفعة ومضرة (مفسدة) فإن كانتا متساويتين في الدرجة أو كانت المفسدة أكثر من المصلحة يقدم درء المفسدة على جلب المصلحة. أما إذا كانت المصلحة أهم من درء المفسدة فإنها تقدم رغم وجود المفسدة كالحكم على الجاني بعقوبة سائلة للحرية.

ومن الواضح أن في عقوبة الجاني ضرره وضرر أسرته وقد يكون فيها ضرر المجتمع بأن يكون المحكوم عليه طيبياً أو استاذاً جامعياً غير أن مصلحة هذه العقوبة أهم وأكثر من ضررها وذلك لحماية الأرواح والأموال والأمن والاستقرار. ٨- إذا تعارضت مفسدتان، يُختار أهونها شراً، لدرء أشدهما ضرراً، لذا يجوز في الشرع والقانون قطع الرجل المصابة بالسرطان، لأن مفسدة ومضرة إنتشاره في الجسم كله أكثر وأخطر.

أهمية للمصلحة:

للمصلحة أهمية كبيرة في المجالين الشرعي والقانوني لأن القانون يُشرع ويُعدل ويُلقى على أساس رعاية المصلحة، ولأن النصوص الغامضة في الشرع والقانون يمكن إزالة غموضها في ضوء المصلحة.

رابعاً: النزائـع التي لها وسدها:

النزاع جمع ذريعة وهي لغة الوسيلة وفي الإصطلاح الشرعي والقانوني إعطاء الوسيلة حكم غاياتها على أساس أن الاعتداد يكون بالنوايا والمقاصد والنتائج. وقد وردت هذه القاعدة العامة على لسان الرسول (ﷺ) في قوله (إنما الأعمال بالنيات) كما وردت في القاعدة الشرعية والقانونية (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني).

أقسام النزائـع:

تنقسم النزائـع من حيث مقاصدها الى أربعة أنواع:-

١- مشروعية الوسيلة والغاية معاً. كمنع الجوائز للطلبة الأوائل لغرض المنافسة في التفوق العلمي فتجب على الدولة فتح هذه الذريعة لأنها تخدم المصالح العامة والخاصة.

٢- عدم مشروعية الوسيلة والغاية معاً كصنع أسلحة الدمار الشامل للاعتداء بها على الغير فيجب على الدول في العالم كافة مكافحة صنع هذا السلاح وسده.

- ٣- وسائل غير مشروعة في ذاتها ومشروعة في غاياتها كوسيلة عقوبة المجاني فهي غير مشروعة في ذاتها لأنها ضرر كما ذكرنا ولكنها مشروعة من حيث الغاية السامية التي تحققها وهي حماية مصالح المجتمع في أرواحه وأمواله وأعراضه وأمنه. لذا أقرتها الشرائع الالهية والقوانين الوضعية مشروعيتها وتشريع العقوبات وتطبيقها من القاضي وتنفيذها من السلطة التنفيذية.
- ٤- الوسيلة مشروعة في حد ذاتها ولكنها غير مشروعة بالنظر إلى غايتها كتقديم شخص هبة الى امرأة بقصد بناء العلاقة غير المشروعة معها أو لغرض إستمرارية هذه العلاقة، لذا أقرت الشريعة والقانون بطلان هذه الهبة.

خامساً: الاستصحاب:

وهو لغة:- مأخوذ من المصاحبة. وفي الاصطلاح إستدامة حكم سابق في زمان لاحق بناءً على عدم ثبوت مزيله.

أنواعه:

ينقسم الاستصحاب من حيث الأساس الى الأنواع الأربعة الآتية:-

- ١- إستصحاب الاباحة الأصلية للأشياء النافعة:- إستنادا الى آيات قرآنية كثيرة منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً^(١)﴾ وجه الدلالة أن اللام في قوله (لكم) للنفع أي أن فلسفة خلق خيرات الأرض هي المصلحة البشرية من المنفعة المستجلبة. وينبني عليها أن جميع ما في الأرض على ظهرها أوباطنها مشتركة بين الاسرة البشرية على أساس الاباحة الأصلية لاعلى أساس الشيوعية، لأن الثانية لا تكون الا بعد تحقق الملكية.
- ٢- إستصحاب حكم الهادة الأصلية:- من البديهي أن الإنسان حين يولد تكون ذمته بريئة من كل إلتزامات مدنية وجنائية، وله قبل الولادة أهلية الوجوب الناقصة (صلاحية كسب بعض الحقوق التي لا تحتاج الى القبول) وبعد الولادة له

(١) سورة البقرة / ٢٩.

أهمية الوجوب الكاملة (وهي الصلاحية لأن يكون له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات) كوجوب نفقة أقاربه عليه من الفقراء إذا كان له مال. وإذا اتهم بأنه مدين للغير أو أنه ارتكب جريمة فعلى القاضي أو المفتي أن يعتبره أنه لا تزال ذمته بريئة عن تلك التهمة إستصحاباً للأصل حتى يثبت خلاف ذلك.

٣- إستصحاب حكم ثابت بسبب شرعي أو قانوني حتى يثبت زوال هذا السبب: وعلى سبيل المثال من تزوجت من رجل ثم بعد مدة طلقت تزويجها من زوج آخر أمام القضاء، فعليها أن تثبت أن الزوج الأول قد توفي أو طلقها وإنتهت عدتها بخلاف ذلك على القاضي رد الدعوى وعدم تنفيذ طلبها لأن المفروض أن السبب السابق (الزواج) لا يزال مستمراً إستصحاباً. وكذا من تملك مالا بطريقة مشروعة تستمر هذه الملكية إستصحاباً حتى يثبت زوالها بالبيّنة.

٤- إستصحاب الصفة الأصلية:- وهذا النوع الأخير من إستنتاجاتي ولم أطلع على مرجع أصولي يتطرق له صراحة

ومن الواضح أن لكل شيء صفات أصلية وصفات عرضية فالأصل في الصفات الأصلية هو البقاء إستصحاباً، كما أن الأصل في الصفات العارضة هو عدمها. وبناء على ذلك لا يثبت وفاة المفقود إلا بالبيّنة أو مرور زمن يحدده الشرع أو القانون لأجل الحكم بوفاته لأن حياته صفة أصلية فالأصل بقاؤها إستصحاباً لكن الوفاة صفة عارضة مشكوك فيها فالأصل عدمها وبني على هذا القسم قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، وقاعدة (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) لأن الأول يدعي خلاف الأصل والثاني مع الأصل.

أهمية الاستصحاب:

للاستصحاب أهمية كبيرة في العمليات القضائية لأن القضاء يعتمد عادة على حجبة الاستصحاب في المرافعات المدنية والجزائية والاجراءات القضائية منذ بداية النظر في الدعوى الى صدور الحكم لذا يطلب من المدعي البينة المقبولة لأن الأصل

براءة الذمة لكن يكتفى بيمين المدعى عليه في حالات غياب البيّنات لأنه مع الأصل، وإذا حصل الخلاف بين المتعاقدين في وقت حدوث عيب خفي في محل العقد فعلى القاضي أن يرجع جانب الذي يدّعي سلامة المبيع مثلاً، لأن العيب عارض والأصل عدمه ولأن العارض ينسب إلى أقرب أوقاته على أساس أن الأصل عدمه. وعند الخلاف بين الدائن والمدين في وفاء الدين وعدمه يرجع إدعاء الطرف الذي يدعي عدم الوفاء مالم يثبت خلاف ذلك لأن الأصل بقاء الذمة منشغلة بالدين. وكذلك للاستصحاب أهمية كبيرة في الاجتهادات والفتاوى بصدد الحل والحرمة للأشياء النافعة لأن الأصل فيها الإباحة مالم يثبت وجود نص يحرمه ويمنعه^(١).

(١) للاطلاع على المزيد في المصادر الكاشفة المذكورة يراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسجه الجديد / الجزء الأول.



الفصل الرابع

الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد

نتناول في هذا الفصل بآيماز التعريف
بالفقه وفقهاء الشريعة، والاجتهاد
والتقليد، موزعين هذه الدراسة من
الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث،
يخص الأول لنشأة الفقه وتطوره،
والثاني للتعريف بأئمة المذاهب الفقهية
الإسلامية، والثالث للتعريف بالاجتهاد
والتقليد.

المبحث الأول

الفقه نشأته وتطوره

الفقه لغة: الفهم. وفي الاصطلاح الشرعي:- الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية (المعينة) .
ويُعدُّ الفقه من صفات تصرفات الإنسان وهي: الوجوب، والندب، والحرم، والكراهة، والاباحة. لأن الحكم الشرعي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان المكلف على وجه الاقتضاء، أو التخيير.

نشأة الفقه:

نشأ الفقه مع نشأة النصوص، لأن كل حكم منصوص عليه مباشرة، كما في القرآن والسنة النبوية، أو بصورة غير مباشرة، كما في المصادر الكاشفة، يُسمى فقهاً، بعد إستخراجه وإبرازه للتطبيق والعمل به غير أن الحكم المأخوذ من نصوص القرآن مباشرة يُسمى فقه القرآن، والمأخوذ من السنة النبوية مباشرة يُسمى فقه السنة، والمأخوذ من المصادر الكاشفة يُسمى فقه الاجتهاد.

طريقة فقهاء الصحابة في إستخراج الأحكام:

كان الفقيه الصحابي إذا أراد حكماً لتصرف أو واقعة يراجع القرآن الكريم أولاً، المنبع الأول الأصل الأصيل، فإن لم يجد فيه لجأ إلى السنة النبوية، فإن لم يجد فيها، إستخدم مصدراً من المصادر الكاشفة واجتهد واستعمل رأيه عن طريقها للوصول إلى حكم الله.

الطابع العام لفقهاء الصحابة:

- ١- كانت مصادر فقه الصحابة القرآن والسنة ثم الاجماع ثم الرأي.
- ٢- كان فقهاء واقعيّاً حيث ساروا على نهج كانوا يتبعونه في عهدهم فلا يبحثون عن حكم تصرف أو واقعة إلا بعد الوقوع.
- ٣- كان فقههم معيّلاً بعلل وحكم مأخوذة من القرآن والسنة.
- ٤- كان إجتهاهم فيما لاتصل فيه فسيحاً مجاله متسعاً علاجه لحاجات الناس ومصالحهم.

أسباب إختلاف فقهاء الصحابة:

يمكن إرجاعه الى الأسباب الرئيسة الآتية:

- ١- الاختلاف في الثقة بما يروى عن الرسول (ﷺ) بعده، فمنهم من كان يعمل بحديث الراوي، لثقتة به ومنهم من لا يثق به فلا يعمل بما يرويه.
- ٢- عدم كونهم على مستوى علمي واحد.
- ٣- إختلافهم في الجراءة على الاجتهاد والأخذ بالرأي.
- ٤- تأثرهم بالأعراف والعادات المحلية بعد إنتشارهم في الأقطار الإسلامية.

أسباب قلة إختلاف فقهاء الصحابة:

- ١- سهولة إتصال بعضهم ببعض في صدر الإسلام والاتفاق على رأى واحد.
- ٢- إستخدام نظام الشورى في أحكام القضايا المهمة.
- ٣- قلة الوقائع والمشاكل في عصرهم قبل إتساع رقعة الدولة الإسلامية.
- ٤- قلة رواية الحديث التي أصبحت بعدهم من أسباب إختلاف الفقهاء من حيث تفسير الحديث والثقة بالراوي.
- ٥- عدم التسرع في الاقدام على الرأي فكل إجتهاه منهم كان مسبقاً بالتروي ودقة دراسة الموضوع المعني بالحكم^(١).

^(١) ينظر مؤلفنا أسباب إختلاف الفقهاء. في الأحكام الشرعية / ص ١٦ ومايليها.

تطور الفقه :

نشأ الفقه في عهد الرسالة، ثم مرّ بتطور حتى وصل الى قمته، ثم أصيب بانتكاسة وجمود، كما في الايضاح الآتي:

أولاً: الفقه الإسلامي في عصره الذهبي:

تعتبر الفترة الممتدة من القرن الثاني الهجري الى منتصف القرن الرابع الهجري من أزهى عصور الفقه الإسلامي حيث بلغ ذروته في الدقة وقمته في الاتساع وأصبح له مناهج واضحة وطرائق مرسومة محدودة.

ميزان الفقه في عصره الذهبي:

١- نهوض الفقه نهضة رائعة حيث وصل الى درجة النضج والكمال فلم يترك أماً ذا صلة بالإنسان سواء على النطاق الفردي أو النطاق الجماعي الا وقد تعرض لبيان حكمه.

٢- ظهور نواحي من الفقهاء الذين اعترف لهم الجمهور بالزعامة، ونشأت مذاهب فقهية جماعية.

٣- ازدهار تدوين الفقه لمختلف المذاهب.

٤- اتساع نطاق الفقه الافتراضي^(١) ويوجه خاص في فقه أبي حنيفة (رحمه الله).

٥- ظهور المصطلحات والقواعد الفقهية.

٦- اتساع نطاق الخلاف بين الفقهاء في مسائل الفروع.

عوامل النهضة الفقهية:

١- عناية الخلفاء العباسيين - بعكس الأمويين - بالفقه والفقهاء.

٢- ظهور كبار المجتهدين وحريرتهم في ممارسة الاجتهاد.

٣- كثرة الوقائع بعد أن إتسع إقليم الدولة الإسلامية.

(١) وهو إحصاء الحكم لما يحدث في المستقبل.

- ٤- دخول عدد كبير في الإسلام من غير العرب في البلاد ذات الحضارات القديمة كالفرس والروم وكان لهؤلاء علم بالفلسفة والمنطق والديانات السابقة.
- ٥- تأثر فقهاء الشريعة بثقافات أمم إعتنقت الإسلام.
- ٦- إزدياد نشاط حركة التدوين والترجمة لمختلف العلوم وظهور ترتيب وتبويب الابواب الفقهية.
- ٧- إزدياد المناقشات والمناظرات وتبادل وجهات النظر، فأدى كل ذلك الى توسيع دائرة الحركة الاجتهادية وتكوين آراء فقهية قيّمة.

ثانياً: اسباب إنتكاسة وجمود الفقه الإسلامي:

- العوامل التي أدت الى إنتكاسة الفقه الإسلامي بعد نهضته كثيرة، منها:
- ١- الضعف السياسي في الدولة العباسية أدى الى ضعف روح الاستقلال في التشريع عند العلماء المسلمين.
- ٢- إلترام كل عالم فقهي بمذهب إمامه بحيث أخذ كل تلميذ لائمة المذاهب الفقهية يدافع عن مذهبه ويتعصب للمدرسة التي ينتمي إليها.
- ٣- حلول المذهب الفقهي محل الشريعة الإسلامية من الناحية العملية واستمر ذلك الى عصرنا هذا بحيث أصبحت النصوص الفقهية كنصوص الشارع.
- ٤- الاعتماد على الآراء الفقهية المدونة فأصبح علماء كل مدرسة من المدارس الفقهية عالة على فقه أنتمهم واتبعوه جملة وتفصيلاً.
- ٥- انحصار جهد العلماء في اختصار الكتب الفقهية وشرحها والتعليق عليها بالمواشي أو الاعتراضات.
- ٦- التعصب للمذهبي وعدم الجرأة على إستنباط الأحكام من ينابيعها الأصلية.

المبحث الثاني

أهمية المذاهب الفقهية المدونة

نتناول في هذا المبحث بإيجاز أهم رؤساء المذاهب الفقهية المدونة والمتداولة في العالم الإسلامي حسب تسلسلهم التاريخي:

١- الإمام جابر الاباضي (٢١١ - ٩٢هـ) هو الإمام جابر بن زيد الأزدي الاباضي للمؤسس الأول للمذهب الاباضية الذي هو أقدم المذاهب الفقهية من حيث النشأة فهو عماني الأصل ومن كبار التابعين وأقام بالبصرة ودرس على كبار فقهاء الصحابة منهم عبدالله بن مسعود وأنس بن مالك وغيرهما.

والاباضية فرقة معتدلة من الخوارج وهي أقر بها إلى الجمهور للمعتدل رأيا وتفكها واشتهر هذا المذهب بالاباضية نسبة إلى عبدالله بن اباض التميمي إعترافاً بدوره وتطويره لهذا المذهب ووضع أسسه.

وقد عرف هذا المذهب بالاعتدال فهو لم يقف في النزعة الفقهية عند ظاهر النصوص كالظاهرية، ولم يتوسع في الأخذ بالرأي كالحنفية. أهم مصادر فقهه:- الكتاب ثم السنة ثم الاجماع ثم العقل.

٢- الإمام زيد (٨٠ - ١٢٢هـ): هو زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليه السلام. مؤسس مذهب الزيدية ولد في بيت النبوة من أسرة تحصل لواء علم الشريعة والتقوى والصلاح. وتلقى علومه من أبيه وأخيه محمد الباقر، وعبدالله بن الحسين وكثير من فقهاء التابعين.

أهم مصادر فقهه: الكتاب والسنة والقياس والعقل.

٣- الإمام جعفر الصادق (٨٠ - ١٤٨هـ):- هو عبدالله جعفر الصادق بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب. ويعتبر أكبر

أئمة الشيعة الاثنا عشرية في عهد تابعي التابعين وكان من سادات أهل البيت وللقب بالصادق لصدقه.

نشأ في بيت المجد والعلم وعاصر جمهرة كبيرة من فقهاء التابعين. مصادر فقهه:- الكتاب والسنة وهي عندهم ماصدر عن المعصوم من الرسول (ﷺ) والائمة المعصومين بشأن التشريع ثم إجماع الطائفة ثم العقل.

٤- الإمام أبو حنيفة (٨٠- ١٥٠هـ):- هو نعمان بن ثابت بن زوطي بن جاه. فارسي الأصل وكان جده من أهل كابل. ويعتبر من أتباع التابعين. ولد بالكوفة واحترف تجارة الخز، ثم إنصرف الى العلم فعاش بقية حياته متعلماً وفقهاً عظيماً ومؤسساً للمذهب الحنفي. وكان أبو حنيفة (رحمه الله) ذا شخصية قوية لامعة وقد أثرت عوامل ذاتية وخارجية في تكوين شخصيته الفقهية ومن أهم تلك العوامل:-

أ- صفاته الذاتية التي جبل عليها.

ب- شيوخه الذين التقى بهم وتلقى منهم العلم، فرسموا له الطريق التي سلكها في منهجه الفقهي.

ج- حياته الشخصية وتجاربها في أدوار حياته، وصلته الوثيقة بالمجتمع الذي عاش فيه.

د- بنيته الفكرية التي ترعرت مواهبه في رحابها. إضافة الى تأثره باستاذة حماد بن أبي سليمان حيث لازمه زهاء (١٨) عاماً في مدرسة الكوفة.

ومن أهم مصادر فقهه:- القرآن، والسنة، والاجماع، والقياس، والعرف، والاستحسان، والمصلحة، وقول الصحابي.

٥- الإمام مالك (٩٣- ١٧٩هـ):- هو مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي^(١) من أهل المدينة المنورة طلب العلم من أئمة مدرسة الحديث^(٢). ومن شيوخه عبد الرحمن بن هرمز وعبد الرحمن المعروف بريعة الرأي حارس التدريس والفقه

^(١)نسبة الى الأصبح وهي قبيلة من اليمن.

^(٢)التي كان مقرها المدينة المنورة، كما أن مقر مدرسة الرأي كان الكوفة.

في المدينة المنورة وهو ابن (١٧) سنة وكان يحلّس في مسجد رسول الله (ﷺ) ويشير الى قبره الشريف عند قراءة الحديث.

ومصادر فقهه: القرآن، والسنة النبوية، والاجماع، والقياس، والاستحسان، والمصلحة، والذرائع، والعرف، وقول الصحابي. وعمل أهل المدينة (أي إجماعهم)

٦- الإمام الشافعي (١٥٠- ٢٠٤ هـ): هو ابو عبد الله بن محمد بن ادريس بن العباس بن شافع الشافعي بن للطلب بن عبد مناف _ وهو المجد الرابع لرسول (ﷺ) والمجد التاسع للإمام الشافعي.

ولد بغزة بعد أن ذهب إليها أبوه فتوفى فيها وبعد سنتين من ميلاده حملته أمه إلى موطن آبائه مكة.

وأخذ فقه العراق في بغداد من محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة، كما أخذ فقه الإمام مالك.

ومصادر فقهه: القرآن، والسنة، والاجماع، والقياس، والعرف، والاستصحاب، وقول الصحابي.

ونزعته الفقهية كانت وسطاً بين نزعتي أهل الحديث وأهل الرأي، لأنه زواج بين إتجاه الإمام ابي حنيفة وإتجاه الإمام مالك. وفقهه في العراق يسمى القول القديم ثم لما ذهب الى مصر وتأثر بالبيئته، تراجع عن أقواله السابقة وأسس مدرسة جديدة وفقهاً جديداً سمي المذهب الجديد.

٧- الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤- ٢٤١ هـ): هو عبد الله بن محمد بن حنبل بن هلال بن أنس الشيباني المروزي^(١) البغدادي^(٢).

وطلب العلم على شيوخ بغداد والكوفة والبصرة والمدينة.

(١) أي من حيث الأصل.

(٢) أي من حيث النشأ.

ومصادر فقهه:- القرآن، والمئة، وما أفتى به الصحابة، والقياس، وأنكر
الاجماع لجميع الفقهاء في وقت واحد على رأي واحد، فاعتبر إنعاده من قبيل
المستحيلات.

٨- الإمام داود الظاهري (٢٠٢-٢٧٠هـ):- هو أبو عبدالله احمد بن سليمان داود بن
علي بن خلف البغدادي تشاة الاصفهاني نسباً.
وهو مؤسس مذهب الظاهرية.

ومصادر فقهه:- ظاهر القرآن، والمئة، واجماع الصحابة فقط دون غيرهم.
ويعتبر ابن حزم الظاهري (٣٨٤-٤٥٦هـ) المؤسس الحقيقي لهذا المذهب حيث
قام بتطويره.

المبحث الثالث

الاجتهاد والتقليد

الاجتهاد: في الاصطلاح: هو بذل الوسع لكشف حكم الله للموضوع المعني بالحكم. ويكون مصيباً إذا كشف حكم الله الواقعي، وإلا فيعدّ مُخْطئاً وله أجران في حالة الإصابة، أجر على جهوده وأجر على إصابته. وإلا فيعدّ مُخْطئاً فله أجر واحد على بذل جهوده بحسن النية.

وقد نصّ الرسول (ﷺ) على هذه الحقيقة في قوله (إذا حكم الحاكم ^(١)) فاجتهد وأصاب فله أجران وإذا حكم واجتهد وأخطأ فله أجر) أي أجر واحد.

شروط الاجتهاد:

أهملت الشروط التقليدية البالية التي تتكرر في كل بحث يتناول هذا الموضوع منها أن يكون ذكراً وأن يكون حراً وأن يكون عادلاً وغيرها من الشروط التي لم يبق لها دور في إكتساب أهلية الاجتهاد. لذا اقترحت الشروط التالية:-

١- أن يكون من يريد الاجتهاد ملماً بمقاصد الشريعة وهي المصالح المشروعة الشرعية لأن الله حصر رسالة محمد (ﷺ) في تحصيل هذه المصالح للمجتمع البشري فقال مخاطباً نبيه ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ^(٢)﴾ والرحمة هي المصلحة من نفع مستجلب أو ضرر مستدراً، لأن الله غني مطلق عن العالمين وعن طاعتهم.

٢- أن يكون جريئاً لا يخشى لومة لائم، لأنه يقوم بأداء واجب أوجه الله عليه في حالة أهليته للاجتهاد.

^(١) أي إذا أراد أن يحكم لأن الاجتهاد لا يكون بعد الحكم وإنما يكون قبله.

^(٢) الأنبياء: ١٠٧

٣- أن يوازن بين نفع وضرر القضية المعنية باكتشاف حكمها مقدماً، لأن كل مافيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما يكون جائزاً عند الله ما لم يكن هذا النفع على حساب ضرر الغير.

وكل مافيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما، فهو غير جائز عند الله، ما لم يترتب على هذا الضرر نفع عام.

وعلى سبيل المثال نزع الملكية الخاصة مقابل العرض، قد يضر بصاحب الملك لكن الانتزاع جائز للمصلحة العامة.

٤- أن يكون الموضوع عملاً للاجتهاد لأنه لا مجال للاجتهاد في مورد النص، أي في مسألة يدل النص دلالة قطعية على حكمها، كما في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾^(١) وقوله ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ...﴾^(٢) وغيرها من النصوص غير القابلة للاجتهاد.

٥- أن لا يتأثر برأي الغير السابق أو مذهب من قلده، لأن ربط نفسه بهذا المذهب يخالف لأمر الله العام في قوله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذَّكَرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٣).

فلم تشر هذه الآية الى شخص معين أو مذهب معين أو زمن معين، وإنما نصت على أهل الذكر بوجه عام. فالتقيّد بمذهب وانتقال هذا المذهب من جيل الى آخر، أكبر خطأ يرتكبه المسلم في حياته الدينية.

٦- القناعة القلبية بعدالة الحكم الذي إكتشفه عن طريق الاجتهاد فاذا شعر بعدم عدالة الحكم المكتشف المقتضي به سابقاً، عليه أن يتراجع عن إجتهاده

(١) سورة النساء/ ١١

(٢) سورة النساء/ ١٢

(٣) سورة الانبياء/ ٧

السابق وأن يجتهد من جديد لكشف حكم عادل، كما فعل ذلك الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه.^(١١)

٧- أن لا يدعوا المجتهد أو تلامذته إلى تقديس مذهبه، لأن الذي يُقدّس ينحصر في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الثابتة، فالمذهب ليس إلا رأياً وشرحاً للنصوص، فلا يجوز لأحد أن يدعي أنه هو المصيب وغيره مخطئ، كما فعل ذلك الخليفة الأول أبو بكر الصديق رضي الله عنه.^(١٢)

أهمية الاجتهاد:

الاجتهاد في القضايا الدينية والدنيوية في كل زمان ومكان من ضروريات حياة الإنسان وهو من أهم وسائل التقدم الحضاري في الشؤون الدنيوية والوصول إلى الحكم العادل الذي يحقق السعادة البشرية والثمرات الأخوية في الأمور الدينية، ومن أدوار الشواهد على هذه الأهمية: أن العالم الغربي والعالم الشرقي قد وصلا إلى قمة الحضارة بالنسبة للعصر الحديث وإلى إختراع وإبداع ألوان وأنواع من المنتجات التكنولوجية عن طريق الاجتهاد، بينما بقي العالم الإسلامي متخلفاً يعيش حالة على

^(١١) خلاصة القضية هي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اجتهد في قضية ميراثية التي كانت عبارة عن إمرأة توفيت عن زوج وأم واثنين من الإخوة من الأم وعدد من الإخوة والأخوات من الأبوين. وقضى بالآتي: - للزوج نصف التركة لعدم وجود الفرع الوارث، وللأم السدس لوجود عدد من الإخوة والأخوات وللأخوة من الأم الثلث، لأنهم أكثر من واحد، وقضى بحجب الإخوة والأخوات من الأبوين باستحقاق ذوي الفروض للتركة كلها، لأن المسألة تكون من ستة، أي على القاضي أن يقسم التركة إلى ستة أسهم للزوج (٣) وللأم (١) وللأخوة من الأم (٢) (١+٣+٢=٦).

وتكررت المسألة في السنة القادمة من خلافة فأراد أن يقضي باجتهاده السابق فقال واحد من الإخوة والأخوات يأمر للمؤمنين حب (إقتض) أن أهبنا كان حجراً السنا مع الإخوة من الأم شركاء. في الأم، وقال آخر إن هذا الأب الذي يبرئني من التركة أرميه في البحر، لذا اشتهرت هذه المسألة بالبحرية تارة والبيعية تارة أخرى ثم قضى بأشراك الإخوة والأخوات من الأبوين مع الإخوة من الأم في الثلث لحكم بتقسيم هذا الثلث بين الكل بالمساواة، لذا عرفت هذه المسألة بـ (المشركة).

^(١٢) كما قال الخليفة الأول أبو بكر الصديق رضي الله عنه حين سئل عن الكلالة في قوله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) سورة النساء ١٢ فقال اجتهد برأي فإن كنت مصيباً فمن الله وإن كنت مخطئاً فمني ومن الشيطان، الكلالة هي أن لا يكون الإرث عن طريق الأبوة والبنوة أي بأن لا يكون الوارث من الأصول والفروع وإنما يكون من الهواشي (الإخوة والأخوات).

الصناعات الغربية في كل صغيرة وكبيرة بحيث جعلوا أوطانهم وخيرات بلادهم لقمة سائفة قدموها لشعوب الدول الغربية والشرقية وبقي المسلمون متخلفين في فهم دينهم بصورة صحيحة والعمل بالاجتهاد في تطوير حياتهم الدنيوية وأهم عوامل هذا التخلف في العالم الثالث ويوجه خاص العالم الإسلامي هو التقليد للغير وتقديس آراء من سبقوهم ويوجه خاص علماء الدين.

وقد خلطوا بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي بحيث حل العمل بالفقه الإسلامي -الذي هو إجتهاذات وآراء العلماء- محل الشريعة الإسلامية التي هي وحي من الله عزوجل خلافاً لما وصّى به الرسول (ﷺ) في قوله ((تَرَكْتُ فِيكُمْ أُمُورَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُم بِهِمَا كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ)).

التقليد وأسبابه :

التقليد هو أخذ الحكم من الغير دون معرفة دليله من القرآن أو السنة النبوية. والتقليد كما ذكرنا آنفاً يُعد من أهم عوامل تخلف المسلمين في فهم دينهم ودينامهم والسعي وراء الحرافات والاسرائيليات التي أدخلت في دينهم بحيث أثرت في مسار حياتهم بصورة صحيحة.

عوامل التقليد وانتشاره :

انتشر التقليد وتوقف إلتجاه منذ منتصف القرن الرابع الهجري ومن أهم أسبابه ما يأتي:-

- ١- الدعاية المذهبية حيث قام تلاميذ أئمة المذاهب بتدوين آراء أئمتهم وتعليقها والدفاع عنها فانتشر إلتجاه كل مذهب في صلب من الأصناف فتعصب له العامة والخاصة حتى أعطي لآراء الفقهاء قدسية النصوص الشرعية، بل تجاوز عن هذا الحد بحيث يفضل رأي فقيه في مسألة معينة على ما في القرآن أو السنة النبوية إذا حصل التعارض بينهما، بدليل أن القرآن وزّع الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على ثلاث مرات في ثلاثة

أزمنة فقال «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيْعٍ بِإِحْسَانٍ»^(١) والتسريع بالاحسان هو التطلاق للمرة الثالثة وقد أكد صحيح مسلم على هذا التوزيع كالآتي عن ابن عباس رضي الله عنه: ((كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَتَيْنِ مِنْ خِطَابَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ طَلَّاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَفْجَلُوا فِي أَمْرِ كَانَ لَهُمْ فِيهِ آثَاءٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ)).^(٢) فهذا الاجتهاد من سيدنا عمر رضي الله عنه يُعد سياسة شرعية، حيث أقر قاعدة (من إستعجل في شيء قبل أوانه عوقب بمرمانه) واعتبر عدم إرجاع الزوجة الى زوجها في حالة جمع بين الطلقات الثلاث في وقت واحد، عقوبة تعزيرية لكل من ترك ما أمر به القرآن، ووضعه صحيح مسلم كما ذكرنا.

وتفسير الطلاق في (الطلاق مرتان) بأن المراد منه هو الطلاق الرجعي، خطأ شائع، لأن تقسيم الطلاق الى الرجعي والبانن لم يكن موجودا في العصر الجاهلي (قبل الإسلام) كما لم يكن موجودا حين نزول هذه الآية الكريمة لأن هذا التقسيم من إستحداث فقهاء المسلمين بعد نزول الآيات المتعلقة بأحكام الطلاق.

٢- مساعدة المحكام في نشر المذاهب الفقهية إذ عندما يتمذهب حاكم بلد بمذهب وينتصر له، يتبعه في ذلك الرعية حسب المقولة المشهورة (الناس على دين ملوكهم).

٣- إسناد القضاء الى غير الأكفاء وهؤلاء كانوا يتبعون مذهباً من المذاهب ويقضون بين الناس بموجب هذا المذهب، ولذا نرى في العهد العباسي حصل التضارب بين أحكام القضاء في العالم الإسلامي حتى إختار هارون الرشيد أبا يوسف قاضي القضاء وهو بمثابة وزير العدل اليوم لتوحيد الأحكام

(١) سورة البقرة/٢٢٩

(٢) صحيح مسلم ١٠٩٩/٢.

القضائية والتقيّد بمذهب معيّن، فاختر أبو يوسف مذهب أبي حنيفة للتطبيق في القضاء.

٤- تدوين المذاهب وإقحام علماء المسلمين إلى مافيهما من الآراء والانصراف عن الاجتهاد وصيورتهم عالة على المذاهب المدونة.

٥- مجادلة العلماء بسبب إلزامهم في الفتوى والمناقشة والمعارضة فكانوا يتخلصون من ذلك برأي صريح للمذهب الذي يقلّدونه في المسألة.

٦- الضعف السياسي في العالم الإسلامي وانقسام الدولة الإسلامية إلى دويلات أدى إلى ضعف روح الاستقلال والاجتهاد عند العلماء.

٧- إعتقاد كل مقلّد بأن مافي مذهب هو الصواب فيجب التمسك به، وأن ماعداه خطأ يجب التجنب عنه.



الفصل الخامس

فلسفة العبادات في الإسلام

فلسفة كل شيء عُلته الغائية، أي غايته ونتيجته وثمرته والمصلحة التي تترتب عليه من نفع مستجلب أو ضرر مستدرء، وفلسفة العبادات كما أرادها الله هي مكافحة الإجمام، لأنها وسائل وقائية تقي من يقوم بأدائها أداء صحيحاً كما هو المطلوب منه عن إرتكاب كل عمل غير مشروع تترتب عليه المسؤولية الجنائية^(١) أو المسؤولية المدنية^(٢).

العبادة: - هي فعل الإنسان المكلف على خلاف نفسه الأمانة بالسوء، تعظيماً لربه المعبود طمعاً في الحصول على ثمرته من منفعة دنيوية وثواب أخروي.
و من الفلسفة العامة المشتركة بين جميع العبادات إذا أديت بصورة صحيحة، ما يلي:

- ١- ترفع نفسية الإنسان من حضيض المادية الى العالم العلوي المعنوي من المثل العليا.
- ٢- تبعد الإنسان من ظاهرة التفاني في الماديات الى مساندتها بالقوى الروحية.
- ٣- تقوّي صلة الإنسان بربه تقوية روحية تكون أساساً لسمو الإنسان والحفاظ على إنسانيته.

^(١) للمسؤولية الجنائية (أو الجزائية) هي تحمل تبعات الأخلال بواجب قانوني حدده نص جنائي في الشريعة أو في القانون، وجزاء هذه المسؤولية عقوبة يحددها النص الشرعي أو السلطة التشريعية الزمنية القائمة.

^(٢) للمسؤولية المدنية هي تحمل الشخص تبعات إخلاله بواجب شرعي أو قانوني عام كالتزام كل انسان شرعاً وقانوناً بعدم إلحاق الضرر بالغير بدون مجرور أو إخلال بواجب شرعي أو قانوني خاص كإخلال احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه تجاه الآخر.

٤- تلقي الإنسان من مخالفة الشرع والقانون والنظام العام والآداب العامة.
٥- تزود النفس بقوة روحية قادرة على مواجهة المشاكل وحلها بالطرق الصحيحة.

٦- تؤلف بين قلوب أبناء المجتمع وتخلق لهم روح الإيثار والتكافل والتضامن والتعاون.

٧- تمنح الإنسان من طفيان الأقليمة والجنسية واللونية.

٨- تجعل الإنسان ملتزماً يشعر بمسؤوليته أمام الغير.

٩- فلسفة العبادات بصورة عامة هي انها وسائل وقائية لمكافحة الإجرام.

فالشريعة الإسلامية تعتمد في هذه الوقاية على التدابير الاحترازية قبل وقوع العمل الجرمي أكثر من إعتادها على الوسائل العلاجية (العقوبات) خلافا لما عليه التشريعات الجزائية الوضعية^(١) التي تعتمد على الطرق العلاجية ولا تستخدم الطرق الوقائية والاحترازية، إلا بعد وقوع الجريمة، خلافاً للقاعدة العلمية المحكمة التي تقضي بأن (الوقاية خير من العلاج).

أنواع العبادات:

تنقسم العبادات التي كلف بها الإنسان البالغ العاقل من حيث طبيعتها الى ثلاثة أنواع وهي:

١- عبادات بدنية محضة ثمرتها تنحصر في شخص من يقوم بها لذا لا تقبل النيابة مطلقاً كالصلاة والصيام.

٢- عبادات مالية محضة تؤتي ثمرتها سواء أقام بأدائها شخص المكلف او غيره، لأن فلسفتها غير منوطة بشخص المسؤول عنها، لذا تقبل النيابة بعذر وبدونه كالزكاة والانفاق في سبيل الله (اي في سبيل المصلحة العامة).

^(١) وعلى سبيل المثل تنص المادة (١٠٢/١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على أنه (لا يجرى ان يوقع تديماً من التدابير الاحترازية التي نص عليها القانون في حق شخص دون ان يكون قد ثبت ارتكابه فعلاً يعده القانون جريمة وان حالته تعتبر خطرة على سلامة المجتمع)

- ٣- نوع مختلط ومزيج من الجهوء البئنية والاتفاق المالى. فلا يمكن أءلوه إلا بمساهمة العمل البئنى والصرف المالى.
- لذا يقبل النىابة لعذر، كمراض وشىخوخة ولا يقبلها بءون عذر كأءاء فرىضة الحج.
- وتوزع ءرسة فلسفة هءه الأنواع الثلاثة من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث.

المبحث الأول

فلسفة العبادات البئنية المحضة

وهى قسان من حيث الوجوب والالزام وحتمية الأءاء وهما الصلا والصيام.

أولاً: فلسفة الصلا:

الصلا عباءة تتكون من أفعال وأقوال مخصصة تبدأ بالتكبرة وتنتهى بالسلام على من يكون فى جنب المصلى أو على كل إنسان يروم السلامة والعىش فى طل السلم والأمان.

الصلا عباءة قءمة كانت موجودة فى الرسلات السابقة لأهميتها فى حياة الإنسان فقال تعالى فى رسالة إسماعىل (ؑ): «وَكَانَ يَأْمُرُ أَهْلَهُ بِالصَّلَاةِ...»^(١) وقال فى شأن موسى (ؑ): «وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ مُوسَىٰ وَأَخِيهِ أَنْ تَبَوَّءَا لِقَوْمِكُمَا بِمِصْرَ يُبُوتاً وَاجْعَلُوا بُيُوتَكُمْ قِبْلَةً وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ»^(٢). وقال فى شأن عيسى (ؑ): «وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا»^(٣)

غىر أن نظام أءاء الصلا فى الإسلام يختلف عما عءاء.

(١) سورة مريم / ٥٥

(٢) سورة يونس / ٨٧

(٣) سورة مريم / ٣١

أهمية الصلاة (أو فلسفته) :

للصلاة أهمية كبرى للإنسان الذي يروم الحفاظ على عزته وكرامته وتكوين شخصية إنسانية يحترمها الناس ويقدرها الله.

ويمكن إرجاع هذه الأهمية التي تسمى فلسفة الصلاة بإيجاز إلى النقاط التالية:

١- بالصلاة يكتسب الإنسان مناعة ضد أمراض الرذيلة وتكون لديه طاقة روحية تقيه من كل ما يخالف الإنسانية والقانون والنظام العام والآداب العامة كما نصر على هذه الحقيقة قوله تعالى: ﴿وَأِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ^(١)﴾. وقد استعمل القرآن تعبير الإقامة وهي غير الأداء فإقامة الصلاة عبارة عن القيام بها مقتنة بالخشوع والخضوع والشعور بأنه يخاطب ربه عالم الغيب والشهادة.

أما الأداء فهو عادة تتكرر في أوقاتها وهي فارغة وخالية عن الجوهر والمغزى يكاد لا يوجد فرق بين هذا الأداء وبين عادة ممارسة التدخين.

لذا نرى كثيراً من المصلين لا تمنعهم الصلاة من الغرق في المادية واستعمال الغش والكذب والحيل أثناء المعاملات المالية مع الغير لكسب دنائير بخسة على حساب غيرهم ودينهم وقيمهم وأخلاقهم.

٢- الصلاة تنظم أوقات الإنسان حتى يحافظ على الوقت، وهو أثمن ما يملكه الإنسان بعد العمر، لأن كل شيء يمكن تعريضه إلا العمر والوقت.

لذا تأمر الصلاة المصلي وتقول له (ثم ميكراً وانهض ميكراً) للحفاظ على صلاة الصبح ثم الانصراف إلى العمل المطلوب منه بعد أدائها وتناول الطعام، لأن النوم في هذا الوقت مصدر لكثير من الأمراض وعامل فعال على التعويد على الكسل وإضاعة النشاط.

٣- الصلاة مدرسة تعلم الإنسان على النظافة: نظافة القلب، نظافة البدن، ونظافة الألبسة، ونظافة المكان. لأن هذه النظافات كلها مطلوبة في الصلاة.

٤- الصلاة رياضة بدنية تعيد وتقوي النشاط والحياة كلما تعرض الإنسان لمرض الكسل.

٥- الصلاة وسيلة لكسب ملكة الشعور بالشخصية والكرامة والعزة والاستقلالية وعدم الخضوع لأي كائن موجود سوى الله عز وجل، وهذه الملكة يكتسبها المصلي عند ترديده في كل ركعة عبارة ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾ لأن تقديم ما حقه التأخير يكون للحصر في قواعد علم البلاغة^(١).

٦- الصلاة وسيلة للحفاظ على عزة النفس وعدم التحرك كالريشة في مهب الرياح وراء اطماع يريد أن يكتسبها من غير الله، ووسيلة للاستقامة على مبدأ واحد، لأنها أهم صفة تحافظ على شخصية الإنسان وهذه الصفة يكتسبها المصلي من تكراره في كل ركعة للكلام ﴿وإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾ حيث يشعره بأن قاضي الحاجات هو الله وحده وليس العبد الذي هو يخضع وينزل له لكسب منصب أو وظيفة أو دناءة بخسة.

٧- صلاة الجماعة لمن يتيسر له الحضور في الجامع وسيلة للاطلاع على المشاكل التي يعانيها زملاؤه في الجامع حتى يساهم في حلها بقدر الإمكان، لأن المفروض في الإسلام أن سكان قرية أو غلة أسرة واحدة، فعلى كل فرد من أفراد هذه الأسرة التعاون والتضامن والتكافل مع غيره منهم.

٨- صلاة الجمعة درس أسبوعي يلقى خطيب الجامع لمعالجة مشكلة من مشاكل الساعة وقعت في مملته أو بلده أو إقليمه أو في العالم، فعلى الخطيب أن يعتمد من نقل الأسرائيليات والحرافات واستعراض القوال لا يقبلها الشرع الإسلامي ولا العقل السليم.

على الخطيب أن يتابع أخبار العالم يومياً في ذلك الأسبوع من طريق الوسائل الحديثة فإذا سمع مشكلة قد حدثت في ذلك الأسبوع يساهم من طريق النصع والتوجيه في حلها.

(١) (نعبد) فعل مضارع وفاعله ضمير مستتر فيه وفعوله (إياك) مكان المفعول به الطبيعي هو أن يلي الفعل والفاعل، فإذا قُسم عليهما، يدل هذا التقديم في علم البلاغة على أن المراد في الكلام هو الحصر، كما جاء في هذه الآية الكريمة.

وعلى الخطيب أن يعيش بعقلية زمنه وعصره، لأن احكام الله المبنية على المصالح المشروعة تتغير بتغير تلك المصالح في كل زمان ومكان. وأن يكون حذرا عن نقل احاديث أختلقت بإسم الرسول (ﷺ) من قبل الداسين، وأن يفهم بصورة صحيحة الحياة ويعمل الحوادث ويستنتج عن طريق الشرع والعقل السليم حلولها.

٩- وأهمية الصلاة لا تقتصر على الشؤون الدينية وإنما لها دور بارز في حصول المصلي على اجر عظيم إذا اقامها بصورة صحيحة كما ذكرنا.

ثانياً: فلسفة الصيام:

الصيام كالصلاة عبادة قديمة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ...﴾^(١) وكان موجوداً في رسالات الأنبياء والرسل السابقين. وهو عبارة عن الامتناع كل ما حرّمه الله على الإنسان مطلقاً، كالغش في المعاملات وذكر الغير بالسوء وضع ذلك، مما لا يليق بالإنسان ان يقوم به او يفعله، كما أنه عبارة عن الامتناع عن كل ما هو محرم في شهر رمضان المبارك كالأكل والشرب والتدخين ومعاشرة الأزواج خلال المدة التي حددها الشرع.

حكمة وجوب الصيام (أو فلسفته) :

نص القرآن الكريم على هذه الحكمة (الفلسفة) في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢).

أي تكتسبون عن طريق صيامكم صفة التقوى. والتقوى طاقة روحية يكتسبها الصائم من صيامه الحقيقي الذي يريد الله من الإنسان البالغ العاقل وتقيه من الانحراف والغش والأعوجاج وغيره من كل سلوك جرمي يضر الفرد والمجتمع او كليهما.

وليس الصيام - كما يظن كثير من المسلمين - الإمساك والامتناع عن الأكل والشرب والمعاشرة الزوجية فحسب، وإنما الصيام يجب أن يمر بالمراتب الثلاث الآتية:

^(١) سورة البقرة/١٨٣

^(٢) سورة البقرة/١٨٣

- ١- المرتبة الأولى: الإمساك عن الطعام والشراب والعملية الجنسية
- ٢- للرتبة الثانية: صوم الجوارح وأعضاء في جسم الإنسان وإمساكها عن إستخدامها في كل ما يخالف أوامر الله ونواهيه.
فصوم الأيدي إمساكها عن العدوان والتجاوز على حقوق الغير.
وصوم الأرجل إمساكها عن السبع والسعي وراء كل ما يضر الإنسان بدون مجبر شرعي.
وصوم اللسان كفّه عن كل كلام يضر الناس ويؤذي قلوبهم وعن التناول على أعراضهم.
وصوم العيون غضّها عن النظر الى عورات الناس.
وصوم الأذن هو عدم الإصغاء للكلام الباطل والمضر بحق الغير، لأن الإصغاء في ذلك إشتراك في الجريمة التي يتكلم بها المتكلم امامه.
والقاعدة الشرعية العامة تقضي بأن (السكوت في معرض الحاجة بيان) أي رضا بما يحدث وهو يراه أو يسمعه ويسكت عنه. والقاعدة الشرعية العامة تقول (السكوت عن الحق شيطان أخفى).
٣- للرتبة الثالثة: صوم الغرائز الباطنية التي هي مصدر كل سوء إذا كانت من فصيلة الغرائز الطبيعية الشريرة وفي مقدمتها النفس الأمارة بالسوء وصومها عبارة عن السيطرة الفعلية على هذه الغرائز بقوة الإرادة والعزم. فإذا تحققت هذه المراتب الثلاث تتحقق الطاقة الروحية المتصودة من الصيام تقيه من كل شر وكل مخالفة لأوامر الله، ومن كل تجاوز على حقوق الغير.

المبحث الثاني

فلسفة العبادات المالية المحضة (الزكاة)

الزكاة نسبة منوية فرضها الله على الأغنياء في أموال معينة بشروط خاصة لغرض سد حاجات المحتاجين، ووضع حد للتفاوت الطبقي. الإسلام لا يُقرّ الفقر ولا الحاجة ولا التمولّد ولا الكسل، وإنما يطلب من كل شخص قادر على العمل أن يعمل ويسعى في طلب الرزق لتأمين عيشه وعيش من تحب عليه نفعته.

فالإسلام دين العمل بدليل تكرار هذا اللفظ (العمل) ومشتقاته (٣٥٦) مرة في القرآن الكريم.

ودغم ذلك إن إنقسام الناس الى فقير وغني كان موجودا منذ أن عاشوا على متن كوكب الأرض.

وجاءت الشريعة الإسلامية واعتبرت الزكاة من أركان الإسلام كالصلاة والصيام للقضاء على الفقر قدر الامكان. ودغم ترك الحرية لمن تحب الزكاة في ماله بأن يتولى بنفسه توزيعها على المستحقين لها، إلا أن السلطة الزمنية إجباره على ذلك إذا إمتنع عن التنفيذ، بدليل أن الخليفة الأول ابا بكر الصديق ؓ أعلن الجهاد ضد مانعي الزكاة بعد وفاة الرسول (ﷺ) وحاربهم عمليا حتى خضعوا لأذائها كما هو المطلوب.

كما يجب على السلطة الزمنية تأسيس مرفق عام في مستوى الوزارة لجباية الزكاة وتوزيعها على المستحقين بكمية قابلة لجعلها رأس مال بيد الفقير يستثمره للقضاء على فقره بحيث لا تتكرر حاجته كل سنة الى الزكاة.

فاللولة مسؤولة في كل بلد من البلاد الإسلامية عن القيام بهذه المهمة لأن مركز الزكاة لا يقل أهمية من مركز الأوقاف.

الزكاة ليست ضريبة حتى تعرض عنها فهي تختلف عنها من أوجه منها:

١- الضريبة لا تجوز إلا في حالة عجز الميزانية العامة للدولة وقلة مواردها بخلاف الزكاة.

- ٢- الزكاة تجب في أموال معينة وبشروط معينة بخلاف الضريبة.
- ٣- نسب الضريبة تصاعديـة بينما النسب في الزكاة ثابتة لا تتغير بكثرة كمية ومقدار المال.
- ٤- الضريبة تضاف الى الميزانية العامة للدولة في حين أن الزكاة توزع على المستحقين.

الأصناف المستحقون للزكاة:

- الأصناف المستحقون للزكاة ثمانية حسب ما حدده القرآن في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنَى السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ^(١)﴾.
- ١- الفقير: هو الذي لا يملك موردا أصلا لتأمين معيشته.
 - ٢- المسكين: هو الذي لا يكتفي ما يملكه لتأمين عيشه وعيش من تجب عليه نفقته.
 - ٣- العامل: هو الموظف الذي يقوم بعباية الزكاة وجمعها لتوزيعها على المستحقين، فله نسبة من الزكاة مقابل ما يقوم به.
 - ٤- المؤلفة قلوبهم^(٢): وهم الذين تضررت مصالحهم الاقتصادية بسبب عدالة الإسلام وإلغائه بعض مصادر كسب الأموال، كالفوائد الربوية، والتجارة بالرفيق ونحوهما، لكن في عهد الخلفاء الراشدين تم إيقاف صرف الزكاة لهؤلاء لعدم حاجتهم والإستغناء الإسلام عن إستمالة قلوبهم.
 - ٥- الرقاب: وضع الإسلام طرقاً متعددة لانتهاء نظام الرق البغيض، منها تخصيص ثمن موارد الزكاة للمكاتبة، وهي أن يشتري العبد والجارية نفسيهما من سيدهما مقابل عوض وهذا العوض كان يدفع من موارد الزكاة.

^(١) سورة التوبة / ٦٠

^(٢) وهم الذين إستمال الإسلام قلوبهم فمنهم من كان من غير المسلمين ومنهم من كان من حديثي العهد بالإسلام.

٦- الغارمين: هم الذين إستدانوا للقيام بإنشاء مشاريع عامة للمصالح العامة كبناء الجسور وتبقى الديون بزمتهن لعلم تمكنهم من وفائها، لذا تُسدّ هذه الديون عن طريق الزكاة.

٧- إبن السبيل: هو الذي إنقطع عن بلده أو بعد عنه ماله ويشمل هذا الصنف ايضاً الذين يسافرون الى خارج بلدهم للمعاملات الطيبة وإمكانيتهم المالية تكون ضعيفة.

٨- في سبيل الله: أي في سبيل المصلحة العامة كاستملاك العقارات لأجل بناء المؤسسات العامة لخدمة نفع عام كبناء المستشفى أو المدرسة أو نحو ذلك.

الأموال التي تجب فيها الزكاة:

١- المحصولات الزراعية: وفيها ١٠٪ إن سقيت بماء الأمطار أو الأنهار أو العيون و ٥٪ إن سقيت بالوسائل.

٢- النقود المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محل الذهب والفضة وفيها ٢,٥٪.

٣- الخلي الزائد عن العرف والأواني والقطع الذهبية والفضية وكل ما هو مصنوع من الذهب والفضة من أدوات الزينة. ورؤوس أموال التجارة وأسهم الشركات وفيها ٢,٥٪.

٤- رأس مال المصانع والمعامل وأرباحها في نهاية كل سنة ٢,٥٪.

٥- السيارات والأدوات والآلات المستعملة لغرض الربح والتجارة، والاستثمار على أسس من كمية تلك الأرباح خلال السنة وفيها ٢,٥٪.

٦- إيجار العقارات والدور السكنية والفنادق وضيوعها وفي غلتها ٢,٥٪.

٧- المواشي (الغنم والمعز والبقرة والإبل) ونسبها محددة ومبينة في الكتب الفقهية مفصلاً.

فلسفة وجوب الزكاة:

للزكاة أهمية إقتصادية كبيرة في الحياة العملية من أوجه متعددة منها:

١- مكافحة الإجرام: وقد أثبتت فلسفة التشريعات الجزائية بالإستقراء أنَّ أهم أسباب إرتكاب الجرائم -ربوجه خاص الجرائم الاقتصادية- الفقر والحاجة، فسد حاجة المحتاجين مادياً يحول دون ظاهرة الانحراف الى السلوك الإجرمي. وجدير بالذكر أن الخلفاء الراشدين ؓ اوقفوا تطبيق عقوبة السرقة (قطع اليد) في سنة المجاعة قائلين (إن في قطع اليد حماية الأموال، وفي تركه حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

٢- تحقيق التوام والمحبة بين الفقراء والأغنياء. ومن الواضح أن الحسد الذي هو من الفرائز البشرية إذا لم يعالجه تهذيب النفس والأخلاق ووجه خاص حسد الفقراء تجاه الأغنياء، قد يؤدي الى الجرائم، لأن الفئح حين يرى جاره الغني يعيش في قمة الرفاه وهو في عيشة ضنكى قد تدفعه غريزة الحسد الى الاعتداء على شخص الغني أو على ماله.

والزكاة أهم وسيلة لحل هذه المشكلة، لأن الفقير إذا حصل على نسبة معينة من مال الغني في كل سنة يحل التوام والمحبة بينهما محل الحسد والكراهية، لأنه يعتبر نفسه شريكاً في مال الغني في تلك النسبة، فبدلاً من أن يتمنى زوال نعمته يتمنى زيادة ثروته حتى تزيد حصته.

٣- تطهير نفوس الأغنياء من رذيلة الطغيان كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾^(١).

والطغيان من الصفات الرذيلة الناتجة عن ظاهرة الغنى كما يقول سبحانه و تعالى: ﴿كُلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَإِتْفَاقٌ أَن رَأَى اسْتَفْتَى﴾^(٢).

(١) سورة التوبة / ١٠٣

(٢) سورة العلق / ٦ - ٧

٤- الزكاة تزيد من نعمة المزمى؁ لأنها شكر النعمة وفي زيادة الشكر زيادة النعم كما يقول سبحانه و تعالى: ﴿...لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾^(١).

٥- الزكاة ضمان إجتماعى وبعد نظام الزكاة فى الإسلام أول تشريع فى العالم أستحدث هذا النظام الذى لم تعرفه القوانين البشرية إلا فى منتصف (القرن العشرين)^(٢).

٦- تطهير النفوس من مرض الشح والبخل وتعودى المسلم المزمى على البذل والسخاء والعطاء والتعاون فى التكافل الاقتصادى.

٧- حصانة أموال من يؤدى زكاة ماله؁ فالزكاة تصون مال الفنى المزمى وتحصنه من تطلع الأعين وإمتداد أيدي الأئمن والمجرمن كما قال الرسول (ﷺ): (حَصَّنُوا أَمْوَالَكُمْ بِالزَّكَاةِ وَدَاوُوا مَرْضَاكُمْ بِالصَّدَقَةِ وَأَعْدُوا لِلْبَلَاءِ الدَّعَاءُ)^(٣).

^(١) سورة إبراهيم / ٧

^(٢) د يوسف القرضاوى. مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام ص ١٠٧

^(٣) الطبرانى فى معجمه الكبير ١٠/ ١٢٨ رقم الحديث ١٠١٦٩

المبحث الثالث

فلسفة العبادات المختلفة (الحج)

الحج لغة: القصد وفي الاصطلاح الشرعي زيارة مكان مخصوص (البيت الحرام) في زمان مخصوص (أشهر الحج) بأفعال مخصوصة (الطواف، السعي والوقوف محرماً.....).
أمر الإسلام لمصلحة المجتمع البشري بثلاثة أنواع من الاجتماع: الاجتماع اليومي والأسبوعي والسنوي.

١- الاجتماع اليومي: على سكان القرية أو المحلة ممن يتيسر له الحضور لأداء صلاة الجماعة في الجامع ولو مرة واحدة في اليوم إذا لم يكن معذوراً وذلك لفرض الاطلاع على مشاكل الآخرين من سكان المحلة أو القرية والمساهمة في حدود الامكانية والاستطاعة في حل تلك المشاكل تنفيذاً لأمر الله ﴿وَقَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(١).

فصلاة الجماعة سنة مؤكدة فلسفتها التعاضد والتضامن والتكافل بين المسلمين فإذا تخلفت هذه الفلسفة فلا يبقى فرق بين الصلاة في البيت والصلاة في المسجد.
٢- الاجتماع الأسبوعي: على سكان المدينة الاجتماع يوم الجمعة في جامع كبير يسع أكبر عدد ممكن لنفس الفلسفة المذكورة.

٣- الاجتماع السنوي لجميع ممثلي الدول والشعوب الإسلامية وهذا الاجتماع هو أكبر مؤتمر إسلامي يشترك فيه الدول والشعوب الإسلامية في جميع أنحاء العالم لمناقشة القضايا السياسية والإدارية والاقتصادية والصحية والدفاعية وغير ذلك من مستلزمات الحياة في كل زمان ومكان.

ومن الواضح ان طبيعة هذا المؤتمر تختلف عن طبيعة سائر المؤتمرات التي تعقد سنوياً عشرات المرات في دول العالم على النطاقين الداخلي والدولي فهذه المؤتمرات

طابعها مادي محض، أما مؤتمر الحج فهو ذو طابع مادي ومعنوي في وقت واحد، فجميع المظاهر المادية التي تساعد على التمزق والتفرقة بين الشعوب الإسلامية تنصهر في بوتقة الطاقة الروحية التي يكتسبها الحجاج:

أ- بدءا بالإحرام الذي يعد الخطوة الأولى للتجرد من الفوارق العارضة حيث إنه زي موحد اشبه بالزّي الأخير الذي يليسه الإنسان حين إنتقاله الى مثواه الأخير بعد مفارقة حياة هذه الدنيا الفانية، وبهذا الزي الموحد يُرفع التمييز بين الحاكم والرعية، وبين الغني والفقير، وبين أصحاب المراكز السياسية والإجتماعية وغيرهم.

ب- ثم التلبية التي تجرده عن العالم المادي وتربطه روحيا بمن لا سلطان فوق سلطانه وهو الله عزوجل.

ج- ثم الطواف الذي هو دوران القلب حول مركز وحدة المسلمين (بيت الله الحرام).

د- ثم السعي بين الصفا والمروة والتدرد بين المحوف والرجاء خوف العقاب على الذنوب ورجاء العفر عنها.

هـ- ثم الوقوف في عرفة وهو مظهر من مظاهر المساواة وعدم التفاضل بين أبناء آدم وحواء إلا بما يقدمونه لإرضاء الله والنفع البشري كما قال سبحانه و تعالى: ﴿...إِنْ أَكْرَمَكُمُ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاتُمْ...﴾^(١) لي اترككم الى الله وانفعكم للناس.

و- ثم رمي الجمرة (رجم الشيطان) وهو تعهد أمام الله بعدم الخضوع في المستقبل للنفس الأمارة بالسوء مرة أخرى لأن الشيطان ليس موجودا هناك حتى يرمجه الحجاج وإنما الرجم موجه الى شيطان كل إنسان لا يفارقه لحظة فهو ملازم له ملازمة الحرارة لكل طاقة حرارية فالذي يرمجه الحجاج هو شيطان نفسه (النفس الأمارة بالسوء) التي هي عبارة عن النزعة الشريرة التي تدفعه دائما نحو السلوك الجرمي.

فرجم الجمرة إن كان بقلب سليم وفهم صحيح يكون نقطة المفارقة بين الراجم وبين كل ما هو رمز الشر.

و بهذه الروحية للتميزة وفي هذا الجو للمعنوي أمام بيت الله الذي هو رمز وحدتهم يتعمد المسلمون بعضهم لبعض بأن يكونوا متضامنين ومتعاونين في معالجة مشكلة كل بلد سواء كان مصدرها النزاع الداخلي أو الاعتداء الخارجي.

الاستنتاج:

نستنتج من محثريات هذا الفصل ان فلسفة جميع العبادات التي كلف بها الإنسان من الله عزوجل هي وسائل وقائية لمصلحة الإنسان وضمان حقوقه ولأجل إنتصار نزعة الخير على نزعة الشر فيه وحماية المصالح التي جاءت الرسالة المحمدية لتحقيقها كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ^(١)﴾ والرحمة هي المصلحة البشرية المادية والمعنوية والدينية والأخوية.

ومن البديهي ان الله غني مطلق عن طاعة عباده فلو إستفرت حياة كل إنسان في عبادة الله لما زادت ذرة من عظمتة كما لو إستفرت في الزندقة والإلحاد لما نقص من عظمة الله مثقال ذرة.

وبناء على ذلك تكون الغاية الرئيسة من تكليف الإنسان بالعبادات المذكورة هي تحقيق تغلب نزعة الخير على نزعة الشر في الإنسان حتى يعيش متمتعاً بحياته ومزديناً لرسالته التي خلق من أجلها.

وجدير بالذكر أَنَّ الفلاسفة منذ زمن بعيد اختلفوا في طبيعة الإنسان هل هي خيرة بالطبع أو شريرة بالطبع؟

فمنهم^(٢) من قال بالاتجاه الأول ورأى ان إغراف الإنسان ليس ذاتياً وإنما يأتي من عوامل خارجية بيئية واجتماعية واقتصادية وغير ذلك.

ومنهم من ذهب الى الاتجاه الثاني فقال ان الإنسان شرير بالطبع وإن إقناذه سبيل الخير كمساره في الحياة، ليس من ذاته وإنما بدفع عوامل خارجية من التعليم والتوجيه والتوعيه.

(١) الانبياء. ١٠٧

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا منهاج الاسلام لمكافحة الاجرام.

ولكن القرآن الكريم فقد هذين الزعمين، ويثبت لنا أن الإنسان ليس خيما بالطبع ولا شريرا بالطبع بل يحمل كلتا النزعتين في وقت واحد، حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالشَّمْسُ وَضُحَاهَا، وَالْقَمَرُ إِذَا تَلَّاهَا، وَالنَّهَارُ إِذَا جَلَّاهَا، وَاللَّيْلُ إِذَا يَغْشَاهَا، وَالسَّمَاءُ وَمَا بَنَاهَا، وَالْأَرْضُ وَمَا طَحَاهَا، وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا، قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا، وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا^(١)﴾.

فالفجور عبارة عن نزعة الشر والتفرد يراد بها نزعة الخير. ولأجل إنتصار نزعة الخير على نزعة الشر فرض الله سبحانه وتعالى على الإنسان وسائل وقائية لتقيه من نزعة الشر ولتنتصر عليها نزعة الخير وهذه الوسائل هي العبادات التي فرضت على الإنسان لفلسفة هي مصلحته.

^(١) سورة الشمس / ٧-١٠.

الفصل السادس المعاملات المالية



نتناول في هذا الفصل بإيجاز
التعريف بالمال، وأنواعه والتعريف
بالعقد وأنواعه، وآثار العقد، وتُوزع
دراسة هذه النقاط الثلاث على
أربعة مباحث، خصص المبحث الأول
للمال وأنواعه، والثاني للعقد
وعناصره وأنواعه، والثالث لآثار
العقد، والرابع لأهلية الالتزام
وعوارضها.

المبحث الأول

المال وأنواعه

المال عرفه فقهاء الشريعة بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إيدخاره الى وقت الحاجة منقولاً أو عقاراً^(١).

ويلاحظ على هذا التعريف أنّ بعض الأموال لا يميل إليها طبع الإنسان كبعض الأدوية، وبعضها سريع التلف رغم قابلية إيدخاره كبعض الأطعمة. لذا أقترح أن يعرف المال بأنه: (كل شيء له قيمة مادية وكان محازاً).

أنواع المال:

ينقسم المال الى أقسام متعددة بمبشيات مختلفة كالآتي:

أ) من حيث القابلية للانتقال ينقسم الى المنقول والعقار:

١- المنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من مكان الى مكان آخر بدون أن يتأثر في ذاته أو هيئته، كالسلع والبضائع والحيوان والسيارة وغير ذلك.

٢- العقار: وهو الذي لا يمكن نقله من مكان الى آخر بطريقة طبيعية^(٢) مع الاحتفاظ بهيئته، كالأراضي والأبنية والأشجار قبل قطعها والثوابت في الأرض قبل قطعها وغير ذلك.

ب) مرة التقسيم:

١- لا تثبت الشفعة إلا في العقار لأن فلسفتها لا تتحقق في المنقول وهي توقع إلحاق الضرر بالشريك الجديد.

^(١) مجلة الأحكام العدلية. للمادة (١٢٦) وهذا التعريف مأخوذ من اللغة الخنفي.

^(٢) هذا اللفظ لأدخال بعض العقارات كالأبنية التي يمكن نقلها من مكان الى آخر عن طريق الأجهزة والوسائل الحديثة بدون أي تأثر ذاتي وهيئة كنقل بناء قابل للانتقال بالوساطة في بعض الدول المتقدمة صناعياً كاليابان.

- ٢- الوقف غالباً ^(١) يكون في العقار لدوامه واستقراره.
- ٣- لا تثبت حقوق الارتفاق ^(٢) إلا للعقار.
- ٤- تصرف الوصي في مال القاصر لا يجوز في العقار إلا لمسوّغ شرعي ضروري بخلاف المنقول.
- ٥- يجوز التصرف في العقار قبل قبضه بخلاف المنقول، لأن الأول ثابت على صفاته ولا يكون مصدراً لضرر المشتري حين القبض.
- ٦- بيع العقار في بعض القوانين ^(٣) لا يعتمد مطلقاً إلا إذا سُجِّل في الدائرة المختصة واستوفي الشكل الذي نص عليه القانون، بخلاف بيع المنقول، فلا تشترط فيه الشكلية ما لم يكن مالا نفيساً كالباحرة والطائرة والسيارة.

ب) من حيث تماثل للفردات والأجزاء مثلي وقيمي:

- ١- المثلي: ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وتوجد نظائره في الأسواق كالمعدودات والموزونات والمكيّلات والمقيسات ^(٤).
- وإذ إن هذا التعريف لا يشمل النقود والعملّة المتداولة في المعاملات لأن المثلي فيها ما كان متساوياً صورة ومعنى (القيمة أو القوة الشرائية).
- فالعملّة من المعدودات ورغم ذلك تفقد صفة المثلية في بعض الأزمنة لظروف إستثنائية وتفاوت قيمتها إرتفاعاً وانخفاضاً تفوتها يعتد به وعلى سبيل المثل الدينار العراقي في نهاية القرن العشرين ليس مثلياً لنفس الدينار في بداية القرن الحادي والعشرين.

فمن زوج امرأة قبل خمسين سنة على مهر مؤجل قدره (١٠٠) دينار عراقي عام ١٩٥٠ مثلاً، ثم حصلت الفرقة بينهما في عام ٢٠٠٢ مثلاً فيجب

^(١) القيد لأدخال الكتب فهي من المنقولات ورغم ذلك يميز وقفها.

^(٢) كحق الميراث وحق المجرى وحق السيل وحق العلو والسفل في الشقق في العمارات السكنية وحق الشرب.

^(٣) كالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٩ المادة (٥٠٨)، وقانون التسجيل العقاري العراقي القائم للمادة ٣.

^(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٥).

تقويم المهر بالذهب وقت الزواج، لأن الدينار فقد مثليته وتحول إلى القيمي وقت الطلاق بإخفاض قوتها الشرائية أكثر من مئة ضعف.

وقس على المهر المؤجل جميع الديون المؤجلة المتعلقة بنمة المدين.

٢- القيمي: ما تفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به أو لم تتفاوت لكن إنعدمت نظائره

في الأسواق أو تغيرت قيمته إرتفاعاً وإخفاضاً كالعملة.

ومن تطبيقات القيمي: الأرض، والبناء، والحيوان ونحو ذلك.

قمة التقسيم:

١- المثلي يستقر دينا في ذمة المدين إذا عيّن بأوصافه بخلاف القيمي.

٢- المثلي إذا أتلّفه شخص فعليه الضمان والالتزام ببرد مثله لا بقيمته، بخلاف

القيمي، فإن الضمان فيه يكون بقيمته

٣- إذا هلك المثلي الذي كان موضوع الالتزام لا ينقضي الالتزام، بل يحمل عليه

مثله، بخلاف القيمي، فإذا هلك قبل القبض يفسخ العقد تلقائياً (أي بحكم

القانون) وبالتالي ينقضي الالتزام.

٤- المثلي لا تنتقل ملكيته بالعقد إذا عين بالأنواع أو الصنف، وإنما ينتقل

بالإفراز، بخلاف القيمي، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد، لكن يبقى محل العقد

في ضمان البائع قبل القبض.

ج) من حيث القابلية للتعامل متقوم وغير متقوم.

١- المتقوم: هو كل ما كان عمرزاً فعلاً وقابلاً للأستفاد المعتاد الشرعي في

حالي السعة والاختيار.

٢- غير المتقوم: هو المال الذي لم يكن مملوكاً لأحد كالسماك في الماء والطير في

الهوا. والغزال في الصحراء، أو كان مملوكاً لكن لا ينتفع به شرعاً إلا في

حالات الضرورة كأنواع المسكرات، والمخدرات، والميتة.

قمة التقسيم:

١- المال المتقوم من شأنه أن يكون عملاً للتعامل بخلاف غير المتقوم.

٢- من اتلف المال المتقوم دون مجرد فعلية الضمان بخلاف غير المتقوم^(١).

د) من حيث نطاق الانتفاع عام وخاص:

١- المال العام: هو المال الذي خصص للنتف العام كالمؤسسات الحكومية.

٢- المال الخاص: هو الذي لا يجوز الانتفاع به الأمن قبل صاحبه أو بأذنه.

ثمة التقسيم:

١- ان المال العام مباح لكل من ينتفع به بدون إذن من الدولة صاحبة المال في

الحدود المشروعة بخلاف المال الخاص فلا يجوز لغير صاحبه الانتفاع به إلا بأذنه.

٢- المال العام لا يجوز التصرف فيه بعوض وبدونه كالهبة إلا في حالات الضرورة

بخلاف الخاص فلمالكه حرية التصرف فيه بعوض وبدونه.

الملكية:

هي إختصاص يؤول صاحبه بالتصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة. أي علاقة شرعية بين الإنسان والمال تجعله مختصا به إختصاصا يمنع غيره من التدخل فيه، ويمنحه قدرة الاستفادة منه وصلاحيية التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غيرهما، وصلاحيية استعمال لمصلحته، وصلاحيية الاستغلال بإستثماره أو إيجاره أو أي تصرف آخر لغرض طلب الغلة من ورائه، وكذلك صلاحيية حيازته والسيطرة الفعلية عليه.

أنواع الملكية:

تنقسم الملكية الى انواع متعددة بمشيات مختلفة كالآتي:

أ) من حيث الرقبة والمنفعة: تامة وناقصة:

١- الملكية التامة: هي السيطرة التامة على رقة المال المملوك ومنفعته معا،

كمن يسكن في داره المملوكة له.

^(١) إلا بالنسبة لغير المسلمين من يعتبر الانتفاع به مشروعاً.

٢- الملكية الناقصة: هي ملكية الرقبة فقط بدون المنفعة أو ملكية المنفعة وحدها، ففي دار مزجرة لمدة معينة، المؤجر (مالك الدار) يملك رقبة الدار فقط، والمستأجر يملك المنفعة وحدها خلال مدة الإيجار.

وبناء على ذلك تكون ملكية كل واحد منهما ناقصة وكذلك الأمر بالنسبة للمعير والمستعير خلال مدة الإعارة، فالأول يملك الرقبة دون المنفعة والثاني يملك المنفعة فقط. وكذا من أوصي بمنفعة عقاره بعد وفاته لأحد أقاربه فالوصى له يملك المنفعة فقط إلى حين وفاته، وبعد الوفاة ترجع المنفعة إلى الورثة.

قمرة التقسيم:

١- في الملكية التامة المالك يملك الصلاحيات الأربع للذكورة (التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة).

أما في الملكية الناقصة فلا يملك المالك حق الانتفاع بملوكه بالاستعمال أو الاستغلال أو الحيازة.

٢- بيع المالك الرقبة موقوف عند أكثر الفقهاء على إجازة المستأجر (مالك المنفعة) فإذا لم يجره بطل البيع خلافاً للقانون فإنه يميز العقد وينعقد نافذاً بدون إجازة المستأجر.

ب) من حيث الشيوخ: شائعة ومفزة:

١- الملكية الشائعة: هي أن يملك شخصان فأكثر مالا لم تُفَرَّز حصة كل منهم فيه، فهم شركاء. على الشيوخ كملكية الورثة للتركة قبل توزيعها عليهم.

٢- الملكية المفزة هي أن ينفرد كل شخص بحصته بعد الإفراز. والتقسيم كملكية كل وارث في حصته.

قمرة التقسيم:

١- كل شريك اجنبي عن حصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات إلا بموافقة.

٢- ليس للشريك أن يتصرف بجزء معين من المال الشائع إلا بموافقة بقية الشركاء.

٣- تكون إدارة المال الشائع للشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

وهناك تقسيمات أخرى لا مجال لاستعراضها^(١)

الدين والعين:

١- الدين: في الفقه الإسلامي كل ما يتعلق بنعمة الإنسان من مال حكمي أو عمل يقابله الحق الشخصي في الفقه الغربي.

٢- العين: هو كل حق يتعلق بمال معين أي سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين.

ويرى المرحوم المنهوي^(٢)، أن العين في الفقه الغربي أوسع من الحق العيني في الفقه الإسلامي وأن الدين أخص من الحق الشخصي، طناً أن الدين إذا تعلق بالتركة يفقد صفة الدينية ويصبح عيناً، وكذا في حالة الحجر والإفلاس حيث يتعلق الدين بمال المحجور عليه وللفلس ويتحول إلى العين.

وأرى أن هذا الرأي مخالف لواقع الفقه الإسلامي فالدين يبقى ديناً ولو تعلق بمال للدين، فالدين والحق الشخصي متساويان كتساوي العين والحق العيني.

ثمرة التقسيم:

١- الالتزام بالدين يحتاج في إستيفائه إلى وساطة المدين، بينما الالتزام بالعين ينصب على العين ذاته.

٢- الدين يرد عليه الأجل بخلاف العين.

٣- الدين تصح فيه المقاصة بخلاف العين.

٤- الدين يجوز فيه الإبراء بخلاف العين.

^(١) منها التقسيم إلى الملكية المادية كملكية السيارة أو الدارو إلى الملكية المعنوية كملكية المؤلف لفكرة علمية في مؤلفه، وكبراء الاختراع.
(٢) في كتابه (مصادر الحق): ١/ ٢٤ وما تليها.

المبحث الثاني

العقد عناصره وأنواعه

العقد كما عرفته المادة (٢٦٢) من مرشد المحققان^(١) والمادة (٧٣) من المدني العراقي القائم بأنه (إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) . ونرى أن هذا التعريف ناقص يجب أن يضاف إليه (العاقد) لأن آثار العقد حقوق وإلتزامات فالعقود تنصب على المعقود عليه من العرضين، ففي البيع مثلاً ينتقل حق ملكية المبيع إلى المشتري وينتقل حق الثمن إلى البائع.

والإلتزامات المترتبة على عقد البيع هو إلتزام البائع بتسليم المبيع وإلتزام المشتري بتسديد الثمن فيكون التعريف الصحيح للعقد كالاتي (ارتباط الإيجاب من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والعاقد). وتوزع دراسة العناصر والأنواع على مطلبين.

^(١) لقديري باشا - مرشد المحققان إلى معرفة أحوال الإنسان.. فهذا المؤلف عبارة عن تقنين أحكام الفقه الإسلامي في مذهب أبي حنيفة.

المطلب الاول

عناصر العقد

عناصر كل شيء هي مايتوقف عليها هذا الشيء، والعنصر إذا كان جزءاً من الشيء يسمى ركناً وإلا فيسمى شرطاً.

أركان العقد:

أركان العقد ثلاثة إجمالاً، وهي: (الصيغة والعائد والمعتود عليه) وستة تفصيلاً، لأن الصيغة تشمل الإيجاب والقبول، والعائد عبارة عن طرفي العقد، والمعتود عليه يراد به العوضان (المبيع والثمن في عقد البيع) مثلاً.

شروط إنعقاد العقد:

شروط إنعقاد العقد سبعة وهي:

- ١- مطابقة الإيجاب والقبول في الأمور الجوهرية.
- ٢- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول حقيقة كما في العقد بين الحاضرين، أو حكماً كما في إبرام العقد عن طريق وسائل الاتصالات المعلوماتية الحديثة.
- ٣- تعدد العائد حقيقة أو حكماً كما في شراء الوكيل لنفسه المال الذي وكل ببيعه برضا، الموكل ففي هذه الصورة العائد واحد حقيقة واثنان حكماً^(١)
- ٤- أن يكون العائد مميّزاً في المعاوضات^(٢) وبالفأ عاقلاً في التبرعات^(٣) أي يشترط أن يكون المتبرع بالفأ سن الرشد.

(١) هو عائد أصالة بالنسبة لنفسه ونيلية بالنسبة للبايع.

(٢) عقد للمعاوضة ينقذ موقوفاً في حالة كون أحد العائدين مميّزاً غير بالغ سن الرشد، وترتب عليه الآثار بعد إجازة الولي، فإن إجازته ينتج آثاره بالآثار الرجعي من تاريخ إبرامه، وأن لم تحصل الإجازة فيعتبر كأنه لم يكن أصلاً.

(٣) التبرعات هي التي لا يأخذ أحد العائدين مقبلاً لما يعطيه للآخر فيكون طرماً محضاً وبالتالي يكون باطلاً.

٥- أن يكون محل العقد معيناً بالرؤية أو الإشارة أو المواصفات أو قابلاً للتعيين كبيع المال المثلي الغائب فهو يتعين بالافراز.

٦- أن يكون محل العقد قابلاً للتعامل (متموماً) فلا يصح بيع المخدرات لعدم مشروعيتها، ولا بيع السمك في النهر وبيع الطير في السماء لعدم حيازتهما.

٧- أن يكون المحل قابلاً للتقسيم إذا كان المشتري يريد الحصول على المبيع مستقلاً بعيداً عن الشراكة فلا يصح بيع مال لا يقبل القسمة أو يقبلها مع حدوث الضرر لأحد العائدين أو كليهما كبيع نصف غرفة مشتركة في دار مشتركة.

فاذا تخلف ركن من أركان العقد المذكورة أو شرط من هذه الشروط يكون العقد باطلاً.

شروط صحة العقد:

١- شرط التمييز أو العقل يحتاج الى وصف مكمل وهو غلوه من الإكراه، ف العقد المكره فاسد.

٢- كون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، يحتاج الى وصف مكمل، وهو غلوه من الغرر، فإذا كان في تعيينه غرر يكون فاسداً، كان يقول البائع بعتك هذا بكذا نقداً وبكذا تقسيطاً، وبناء على ذلك يجب أن يتفقا مقدماً على مقدار أحدهما، فلا يبقى العرض متردداً بين النقد والتقسيط.

٣- أن لا يكون العقد ربوياً كعقد القرض بفائدة، فالتاجر الذي يقرض مبلغاً لآخر مقابل فائدة يكون عقد القرض فاسداً.

أما المقرض الذي يستلف من البنك مبلغاً للبناء أو لعلاج المريض أو أي شيء آخر ضروري فالعقد بالنسبة إليه صحيح لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَتَا عَادٍ^(١) فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ^(٢)﴾.

^(١) أي متجاوز عن حدود حاجته

^(٢) سورة البقرة ١٧٣.

- ٤- أن لا يكون العقد مقترباً بشرط فاسد، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن يسمح له في البقاء فيها مدة سنة مثلاً بدون مقابل ويضطر المشتري بأن يقبل هذا الشرط لأسباب له مصلحة فيها كقرب النار من مقر عمله.
- ٥- كون محل العقد قابلاً للتسليم يحتاج إلى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر وقت التسليم، فكل عقد يترتب على تسليم محله ضرر، كأن يكلف نقله من محل إلى آخر المشتري مبلغاً باهظاً يكون العقد فاسداً.

أهمية التمييز بين الباطل والفاسد:

- ١- العقد الباطل لا يتحول إلى صحيح بإزالة سبب بطلانه بل يجب إعادة إبرامه خالياً عن سبب البطلان بخلاف الفاسد فإذا أزيل سببه يتحول إلى الصحيح تلقائياً كتنازل المقرض في عقد القرض بفائدة عن فائدته، وكإجازة المكره للعقد الذي أبرمه تحت ضغط الاكراه بعد زوال آثار الاكراه.
- ٢- الزواج الفاسد بخلاف الزواج الباطل إذا حصل الدخول فيه تترتب عليه الآثار الشرعية الآتية لوجود الشبهة:
 - أ- إذا تكون من الدخول ولد يكون نسبه شرعياً، فله الحقوق وعليه الالتزامات الشرعية.
 - ب- إذا تم التفريق بين الزوجين قهراً على المدخول بها العدة، وعلى الداخل مهر المثل تعريضاً عن الضرر الأدبي الناتج عن الدخول.
 - ج- لا تجب عقوبة الزنى على كل من الداخل والمدخول بها.
 - د- تثبت بهذا الدخول قرابة المصاهرة، فيحرم أصول وفروع المدخول بها على الداخل، وأصول وفروع الداخل على المدخول بها^(١).

(١) لمزيد من التفصيل في التمييز بين الباطل والفاسد يراجع للمراجع الحنفية الآتية: بدائع الصنائع للكاظمي ٣٠٨٠/٧ وما يليها يبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيتوني ٤٣/٤ وما يليها، فتح القدير لابن الهمام ٤٠٠/١

المطلب الثاني

أنواع العقد

ينقسم العقد الى عدة أنواع بمشيات مختلفة كالآتي:

أولاً: من حيث التكيف الشرعي والقانوني للعقد

يقسم الى ثلاثة تسميات، التقسيم الثلاثي والتقسيم الرباعي والتقسيم الخماسي.

أ) التقسيم الثلاثي: الى الباطل بطلاناً مطلقاً، والباطل بطلاناً نسبياً قابلاً للإبطال، والتصحيح.

١- **العقد الباطل بطلاناً مطلقاً:** هو الذي تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده فهو والعقد سنان لا ترتب عليه الآثار الشرعية والقانونية الأصلية التي ترتب على العقد الصحيح.

٢- **العقد القابل للإبطال (الباطل نسبياً):** - وهو عقد توافرت فيه أركانه وشروط إنعقاده لكن كان الرضا أو إرادة العاقد معيباً بعبب من عيوب الإرادة وهي الاكراه والتفوير والغلط والاستغلال فاذا أجازه من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته، أصبح نافذاً لازماً غير قابل للإبطال، ويكون قابلاً للإبطال ايضاً اذا كان احد العاقلين ناقص الأهلية.

٣- **العقد الصحيح:** - هو العقد الذي توافرت فيه أركانه وشروط إنعقاده. وهذا التقسيم الثلاثي هو تقسيم القانون والفقه الغربيين، وقد تأثر بهما بعض القوانين المدنية العربية، كالمصري والقائم والمدني السوري القائم. ومن وجهة نظرنا للمتراضع أن هذا التقسيم خاطي. ومخالف للمنطق القانوني من الأوجه الآتية:-

أ- إعتبار العقد القابل للإبطال غير صحيح لأنه جعل قسيماً للعقد الصحيح وقسيم الشيء. مبين له ورغم ذلك يقول أنصار هذا التقسيم إن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره وهذا خطأ وتناقض بين عدم صحة العقد وترتب الآثار القانونية عليه.

ب- إعتبار عقد الفضولي^(١) عقدا قابلا للإبطال مع أنه لا ترتب عليه الآثار الأبعد الإجازة باعترافهم الصريح.

ج- إعتبار العقد النافذ غير اللازم عقدا غير صحيح لأنهم يظنون عليه مصطلح العقد القابل للإبطال.

د- إعتبار العقد الموقوف غير صحيح لأنهم يعتبرونه من تطبيقات العقد القابل للإبطال مع أنه ينعقد صحيحا ولكن لا ترتب عليه الآثار والحقوق والالتزامات إلا بعد الإجازة.

ومن المؤسف أن نجد أن أكثر القوانين المدنية العربية أخذت بهذا التقسيم الثلاثي واستبعدت الفقه الإسلامي الذي يعد أدق فقه في العالم بالنسبة لتقسيمات العقد من حيث التكيف الشرعي والقانوني.

ب) التقسيم الرباعي:- وهو تقسيم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، فقسّموا العقد الى الصحيح والباطل ثم قسّموا الصحيح الى ثلاثة أقسام:

١- العقد الصحيح للموقوف: وهو عقد ينعقد صحيحاً، ولكن لا ينتج آثاره الأبعد الإجازة عن له حق هذه الإجازة، كبيع ناقص الأهلية فإنه موقوف وينتج آثاره بعد إجازة الولي.

٢- العقد النافذ غير اللازم:- كالعقد الذي يتم تحت تأثير التدليس وهو استعمال الطرق الاحتيالية المضلّة من أحد العاقدين أو شخص ثالث متواطئ، معه لإيقاع العاقد الآخر في الغلط وبالتالي لدفعه الى التعاقد.

٣- العقد الصحيح النافذ اللازم:- وهو الذي توافرت فيه شروط النفاذ واللزوم.

ج) التقسيم الخماسي:- وهو ما تزعمه فقهاء الحنفية وعبارة عن الأقسام الأربعة المذكورة لجمهور الفقهاء، إضافة الى قسم خامس وهو العقد الفاسد.

(١) وهو أن يبيع شخص مال غيره أو يشتري له مالا بدون نيابة، فإذا أبيع من قبل من تم العقد لمصلحةه ترتبت عليه الآثار والآلا فيُعَد باطلا.

وقد مر تفصيل نشأة العقد الفاسد وأهمية التمييز بينه وبين الباطل. وقد قالوا: العقد الباطل: هو العقد غير المشروع بأصله ووصفه، والعقد الفاسد:- هو المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه.

وجدير بالذكر أن المشرّع العراقي أخذ بالتقسيم الخماسي في قانون الأحوال الشخصية^(١) وبالتقسيم الرباعي في سائر القوانين العراقية.

ثانياً: من حيث التنظيم مسّى ونهج مسّى:

١- العقد للمسّى: هو الذي خصه المشرّع أو القانون باسم معين ونظم عناصره وأحكامه كمعقد البيع والإيجار والمقابلة وغيرها.

٢- العقد غير للمسّى:- هو الذي لم ينصه المشرّع أو القانون باسم معين ولم ينظّمه بل تركه ينخضع للقواعد العامة.

ثالثاً: من حيث العنصر رضائي، وشكلي، وهيني:

١- العقد الرضائي: هو الذي يكفي لانعقاده وترتب آثاره توافر تراضي العاقدين (توافق إرادتهما) .

وجدير بالذكر أن أكثر العقود في القوانين المدنية العربية هي عقود رضائية.

٢- العقد الشكلي: هو الذي لا يكفي فيه مجرد التراضي بل يجب -إضافة الى ذلك- توفر الشكليات التي يقرّها القانون، كبيع العقار فهو لا ينعقد ما لم يُسجل في دائرة مختصة^(٢).

٣- العقد العيني: وهو الذي لا تتم آثاره إلا بعد القبض، كمعقد هبة للنقل والاعارة والرهن الهيازي والوديعة والقرض، فالعقد من هذه الأصناف الخمسة ينعقد، ولكن لا تتم آثاره إلا بعد القبض، أي ينشئ الالتزامات دون الحقوق، خلافاً لما عليه شراخ القانون من أن العقد في كل صنف من هذه الأصناف لا ينعقد إلا بالقبض، ويُلَوّن اللّوم على الفقه الإسلامي ويتهمونه بأنه غريق في

(١) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ للمادة السادسة وللمادة الثانية والعشرون.

(٢) للمادة (٥٠٨) من اللّوي العراقي الثّام. وللمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري الثّام.

العقد المينية، في حين أن الإسلام يعتبر العقد المينى وسطاً بين العقد الرضاى والعقد الشكلى، فىنشأ الالتزام قبل القبض ولا ينشأ الحق إلا بعد.

رابعاً: من حيث عنصر الزمن، فورى ومستمر:

١- العقد الفورى: هو الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فى تحديد عله كمقد البى.

٢- العقد المستمر التنفيذ (أو عقد المدة) :- هو الذى يكون الزمن عنصراً جوهرياً فى تعيين عله، كمقد الاجارة.

خامساً: من حيث معرفة موضوع الالتزام عله واحتمالى:

١- العقد المحدد :- هو الذى يعرف كل من العاقلين مقدماً مقدار ما يعطيه للآخر وما يأخذ منه، كمقد البى.

٢- العقد الاحتمالى: وهو الذى لا يعرف كل من الطرفين مقدماً ما مقدار ما يأخذ وما يعطيه كمقد بى يكون ثمنه مرتباً مدى الحياة كمقد التأمين على الحياة مقابل دفع المؤمن له أقساطاً شهرية.

سادساً: من حيث الطبيعة، مدنى وقجارى وإدارى:

١- العقد المدنى: هو الذى لا يقصد به جنى الأرباح منه ويضع للقانون المدنى.

٢- العقد التجارى: هو الذى يكون الغرض منه كسب الأرباح ويضع للقانون التجارى.

٣- العقد الادارى: هو الذى يكون أحد طرفى العقد شخصاً معنوياً، ويضع للقانون الادارى.

سابعاً: من حيث المفاوضات:

١- عقد الإذعان: - هو الذى يذعن أحد العاقلين للآخر ويضع لشروط يفرضها عليه بدون أن يكون له حق المناقشة والمساومة كمقد الكهرياء وعقد الماء وعقد الهاتف ونحو ذلك.

٢- عقد المساومة:- وهو عقد قابل للمفاوضة والمناقشة كمقد الايجار.

ثامنا: من حيث طبيعة المحل عقد المنفعة وعقد العين وعقد العمل:

١- عقد المنفعة: هو الذي يكون المحل فيه منفعة بمقابل كمقد الاجارة ويدونه، كمقد الاعارة.

٢- عقد عيني: وهو الذي يكون المحل فيه عينا من الأعيان، كبيع السيارة.

٣- عقد العمل: هو الذي يرد على العمل، كمقد المقالة.

تاسعا: من حيث الأصالة، أصلي وتبعي:

١- العقد الأصلي: هو الذي يكون وجوده مستقلا غير مستند الى عقد آخر كالعقد المذكورة.

٢- عقد تبعي: - تابع لعقد آخر وجوداً وعدمياً كمقد الكفالة. فاذا إنتقض إلتزام الأصل ينقض إلتزام الكفيل.

هاشرا: من حيث للماهية بسيط ومركب:

١- العقد البسيط: هو ما إقتصر على عقد واحد كمقد الاجارة.

٢- العقد المركب: هو الذي يتكون من أكثر من عقد واحد كمقد الفندقية فهو إيجار بالنسبة للسكن، وبيع بالنسبة للأكل، وعمل بالنسبة للخدمة، ووديعة بالنسبة للأمتعة^(١).

حادي عشر:- من حيث العوض:

١- عقد معاوضة وهو الذي يأخذ فيه كل من العاقلين مقابلا لما أعطى كالمقايضة وعقد الإيجار.

٢- عقد تبرع وهو الذي لا يأخذ فيه احد العاقلين مقابلا لما يعطى كمقد الهبة والعارية.

^(١) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا نظرية الالتزام برء غير المستحق ص ١٢٢ ومايلها.

المبحث الثالث

آثار العقد

لكل عقد ينعقد صحيحاً آثار شرعية وقانونية أصلية تسمى الحقوق والالتزامات ، وهذه الآثار قد تكون متبادلة كما في عقد البيع، فللبائع الحق في تسلم الثمن وعليه الالتزام بتسليم المبيع والمشتري الحق المنتصب على المبيع وعليه الالتزام بتسديد الثمن فكل منهما دائن ومدين للآخر.

وقد تكون الآثار موزعة على الطرفين لا أحدهما الحق فقط وعلى الآخر الالتزام وحده كعقد الهبة فالواهب ملتزم بتسليم الموهوب للموهوب له فهو مدين وليس بدائن، وللموهوب له الحق في المطالبة بتسليم الموهوب، فهو دائن وليس مديناً. وتوزع دراسة موضوع هذا المبحث على مطلبين يخص الأول للتعريف بالحق المالي والثاني للالتزام المالي.

المطلب الأول

التعريف بالحق المالي

الحق: عرّفه فقهاء القانون بتعريفات مختلفة في التعبير أو في المعنى وهي لا تخلو من نقص أو زيادة أو عيب، لذا أترح أن يُعرّف الحق بأنه: (مركز شرعي أو قانوني على شيء من شأنه أن ينتفع به صاحبه أو غيره).

وهذا التعريف يشمل الحقوق المالية وغير المالية من الحقوق السياسية والأسرية والمادية والمعنوية.

أقسام الحق:

للمقوق أقسام متعددة كما ذكرنا بمشيات مختلفة لكن التي تهمننا في هذا المبحث هي الحقوق المالية وهي إما عينية أو شخصية: -

١- الحق العيني: سلطة مقررة لشخص معين مباشرة على شي. معين ومن تطبيقاته حق الملكية وحق الانتفاع

٢- الحق الشخصي: عرفه القانون وفلقها القانون بأنه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها إحداهما وهو المدين بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن العمل أو باعطاء شي..

هناك محاولة منذ عهد الرومان لهدم هذا التقسيم عن طريق تقريب الحق العيني من الحق الشخصي بإرجاع الحقوق جميعا الى الحق الشخصي على أساس انها ترجع الى الروابط بين الأشخاص^(١).

وهناك اتجاه آخر يحاول ادخال الحق الشخصي في دائرة الحق العيني^(٢). على أساس أن الحق كله عبارة عن قيمة مالية وجزء من الذمة المالية تجري فيه التصرفات التي تجري على الحق العيني يباع مثله ويهرن ويوهب ونحو ذلك.

لكن الاتجاه الذي يجب أن يؤخذ به هو التفرقة بينهما. وجدير بالذكر أن الحق الشخصي في القانون يساوي الدين في الفقه الإسلامي، كما أن الحق العيني في القانون يرادف العين في الفقه الإسلامي. وقد سبق بيان ذلك ومن حيث الطبيعة قسم الحق الى المادي، كحق الملكية في الدار أو السيارة أو نحوهما، وإلى الحق الذهني (أو المعنوي)، كحق المؤلف على أفكاره وآرائه ومعلوماته التي دونها في مؤلفه، وأما حقه على أصل الكتاب فهو حق مادي.

ثم إن الحق إذا خصص للنفع العام يُسمى حقاً عاماً، كحق المواطن في الانتفاع بالمرافق العامة للدولة، كالمستشفى والمدرسة ونحوها، وإلا فيسمى حقاً خاصاً.

^(١) وتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (بلايول) .

^(٢) وعلى رأس أنصار هذا الاتجاه الفقيه الألماني (هون جيرك) والفقيه الفرنسي (لامبير) .

المطلب الثاني الالتزام المالي

الالتزام:

الالتزام عرّفه المشرّع العراقي في المدني القائم المادة (٦٩) بما يقابل الحق الشخصي، على أساس أنهما كملة واحدة ذات وجهين، بالنسبة الى الدائن حق شخصي وبالنسبة الى المدين إلتزام.

فنصّت الفقرة الاولى على أن (الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل).

ونصّت الفقرة الثانية على أنه (يعتبر حقا شخصيا الإلتزام بنقل الملكية أيضا كان عليها نقداً أو مثليات أو قيميات.

ويعتبر كذلك حقا شخصيا الإلتزام بتسليم شيء معين).

ويلاحظ على هذه الفقرة أن الملكية في المنقولات المعينة بالرؤية أو الاشارة تنتقل بمجرد العقد لا بالإلتزام بعده، كما أن النقد من المثليات فلا داعي لذكره مستقلا.

ونصت الفقرة الثالثة على أنه (يؤدى التعبير بلفظ الإلتزام ويلفظ الدين) نفس المعنى الذي يؤدى التعبير بلفظ (الحق الشخصي) . أي ان هذه الالفاظ الثلاثة مترادفة.

ويلاحظ أن الدين موضوع الإلتزام وليس مرادفاً له، وأن الحق الشخصي صفة الدائن والإلتزام صفة المدين فما دام الموصوفان متباينين تكون صفاتهما كذلك فكيف يكونان مترادفين؟

ثم إن فقهاء القانون يعتبرون أن الذمة المالية تتكوّن من جزئين أحدهما إيجابى وهو الحق الشخصي، والثاني سلبى وهو الإلتزام وأن الذمة داتنه إذا زادت الحقوق الشخصية على الإلتزامات، وبالعكس ذلك تكون مدينة. وإذا كان الأمر كذلك فكيف

يصح القول بأنهما مترادفان ثم إن الرابطة القانونية في علم الفلسفة من مقولة الاضافة أي صفة مشتركة بين شيئين تصورها بالنسبة لأحدهما يقارن تصوره الآخر كما في الأبوة والأخوة.

والالتزام من مقولة الانفعال (التأثر) وصفة خاصة بالمدين فكيف يجوز تعريف صفة خاصة بالصفة المشتركة مع أن المَعْرُوف والمَعْرُوف يجب أن يكونا متحدين بالذات حتى يمكن حمل أحدهما على الآخر، وأن يكونا مختلفين بالاعتبار حتى لا يلزم حمل شيء على نفسه كتعريف الجريمة بأنها عَظُور يعاقب عليه، وجدير بالذكر أن ما ورد في هذه المادة (٦٩) هو إتهام فقهاء القانون ومنهم الأستاذ السنهاوي حيث عرّف الالتزام بأنه (حالة قانونية^(١)).

وهذا التعبير (حالة قانونية) هو نفس تعبير (الرابطة القانونية) فيرد على هذا التعريف ما أوردناه على تعريف القانون المدني. وبناء على ذلك أقترح أن يعرف الالتزام بأنه (تحمل أداء واجب طوعاً^(٢) أو كرهاً^(٣) يترتب عليه إنشغال الذمة بحق للغير حتى ينتضي^(٤)).

عناصر الالتزام:

يرى أكثر علماء القانون أن عناصر الالتزام ثلاثة وهي: المحل والرضا والسبب وهي نفس عناصر العقد وهذا يرفضه المنطق القانوني لأن عنصر الشيء ما يترقب عليه هذا الشيء وبناء على ذلك تكون عناصر الالتزام ستة

١- الإلزام: لانه فعل والالتزام إنفعال (مطابقة) يقال ألزمته فالتزم.

٢- الملتزم: وهو المدين.

٣- الملتزم له: وهو الدائن

٤- الملتزم فيه: وهو موضوع الالتزام

^(١) الوسيط ١/١٢٥ الهند (١٤).

^(٢) كالالتزام المترقب على عقد البيع.

^(٣) كالالتزام بدفع الضريبة.

^(٤) بسبب من أسبابه كالوفاء، والمقاصة.

٥- الملتزم به: وهو محل الالتزام

٦- سبب الالتزام

وعلى سبيل المثال عقد البيع سبب للالتزام والقانون مصدره الملزم والبائع ملتزم بتسليم السيارة وملتزم له بتسلم الثمن، كما أن المشتري ملتزم بتسديد الثمن وملتزم له بتسلم المبيع، والتسليم الذي هو الأداء محل الالتزام.

وقد خلط^(١) كثير من القوانين وعلماء القانون بين موضوع الالتزام الذي هو محل العقد وبين محل الالتزام وهو الأداء كالتسليم والتسديد والرد وهو ذلك. وهذا خطأ، لأن الالتزام من الأحكام التكاليفية لا يتعلق إلا بالأفعال دون الأعيان.

مصادر الالتزام:

أقرت القوانين العربية المتأثرة بالقوانين الغربية أن مصادر الالتزام خمسة وهي العقد والارادة المنفردة والفعل غير المشروع الضرر والإثراء بلا سبب (أو كسب دون سبب) والقانون. وهذا خلط بين الأسباب والمصادر لأن ماعدا القانون يعد في المنطق القانوني أسبابا للالتزام وأن المصدر هو القانون أو الشرع وحده للأسباب الآتية: -

١- الالتزام حكم تكليفي باتفاق فقهاء الشريعة والقانون والحكم التكليفي لا يصدر إلا عن الشارع أو للمشرع^(٢)

٢- أجمع فقهاء القانون على أن المصادر للالتزامات المترتبة على الوقائع الطبيعية هو القانون والفرق بينهما وبين الأسباب الأربعة المذكورة ليس إلا بتدخل الارادة في تلك الأسباب وعدمها في الوقائع وهذا لا يستوجب اعتبار المصادر في أحدهما نفس الأسباب وفي الآخر القانون.

(١) كما في القانون العراقي القائم ١٢٩/١ التي تنص على أنه (يؤخذ أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التماثل إذا كان يمكن الحصول في المستقبل وعين تعييننا نالها للجهالة والغرر) والصواب أن يقال يجوز أن يكون (موضوع الالتزام) أو (محل العقد) لأن محل الالتزام دائما يكون فعلا وليس هينا من الأعيان.

(٢) الشارع يستعمل لذات الله. وللشرع يستخدم للسلطة التشريعية الزمنية لأن الصيغة الثانية تدل على تحمل الكلفة والمشقة والله منزّه عنهما

٣- الاجماع على ان مصدر القضايا الجنائية هو القانون ولا فرق بينهما وبين القضايا المدنية الا بطبيعة الخطأ الذي هو من عناصر المسؤولية وهذا لا يكون مبرراً للفرقة بينهما من حيث المصدرية.

٤- لا خلاف في ان العقد والارادة المنفردة من أسباب كسب الحقوق، ولا فرق بين الحقوق والالتزامات من حيث كونها من آثار العقد، فلماذا يعتبران من الأسباب في الحقوق ومن المصادر بالنسبة للالتزامات مع وحدة طبيعة الكل وهي الآثار؟!

٥- لو خُلي الإنسان وطبعه لما نفذ الالتزام غالباً. ويتعبر آخر لو لا خوف من جزاء يفرضه القانون أو الشرع على كل من يُخل بالالتزامه، لما نفذ كثير من الناس التزامه، لأن القوة الملزمة لتنفيذ الالتزام في الواقع، هو القانون، وبالتالي يكون هو المصدر الوحيد.

٦- قيل نشأة القانون والدولة كان مصدر الالتزام عبارة عن الأعراف السائدة، ثم جاء القانون فحلَّ محلَّها، فلا يبقى فرق من حيث المصدرية بين البديل والمبدل منه^(١).

انواع الالتزام:

ينقسم الالتزام الى اقسام متعددة بمشايخ مختلفة كالآتي:

ولاً: من حيث الحماية القانونية، مدني وطبيعي:

١- الالتزام المدني: هو إلتزام قانوني كامل يحميه القانون فتسمع الدعوى القانونية بمطالبة تنفيذه، وعلى القاضي ان يحكم بالوفاء به كاملاً فإذا كان الوفاء ناقصاً أو كان الملتزم ممتنعاً عن الوفاء بدون مبرر قانوني، يحكم بالجزاء وهو التعويض أو بيع أمواله قسراً لغرض التنفيذ الجبري.

٢- الالتزام الطبيعي: هو الذي فقد الحماية القانونية وصفة التنفيذ الجبري والمسؤولية لسقوطه بالتقادم المسلط ونحوه، أي بمضي مدة التقادم على ترك

^(١) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا نظرية الالتزام بالرد غير المستحق ص ٣ ومايليها.

المطالبة به، ومدة التقادم في القانون تختلف باختلاف طبيعة الحق والالتزامات، وهي عادة تتراوح بين سنة^(١) وبين خمس عشرة سنة. ويتميز الالتزام المدني من الطبيعي بتوفر عنصر المسؤولية أي على الدائن أن ينفذ التزامه باختياره وإلا فيجبر عليه. وجدير بالذكر أن التقادم المسقط تحول دون سماع الدوى أي تسقط الدوى دون الحق، فالحق يبقى بذمة المدين لكن لا يحبر على التنفيذ بل أمر التنفيذ متروك إلى إرادة المدين، فإذا نفذ بإرادته الحرة لا يحق له التراجع بحجة أن التنفيذ كان لالتزام طبيعي.

ثانياً: من حيث صور موضوعه^(٢) الالتزام بعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل:

١- الالتزام بعطاء: هو الالتزام بنقل شيء كالملكية مثل التزام البائع بإفراز المبيع إذا كان ما لا مثلياً معيناً بنوعه، أو إنشاء حق عيني كالإلتزام الجار بإنشاء حق الارتفاق لعقار، جاره من يمر أو يجري أو نحوهما من حقوق الارتفاق وكالتزام البائع بنقل ملكية المبيع بتسجيله في دائرة الشهر العقاري في القانون المصري لأن بيع العقار خارج هذه الدائرة المختصة ينشئ الالتزام بالتسجيل ولكن لا ينشئ الحق إلا بعده بخلاف القانون العراقي (م ٥٠٨) للمدني العراقي (م ٣) من قانون التسجيل العقاري القائم حيث يكون العقد باطلاً لا ينشئ التزاماً ولا حقاً. والشرع الإسلامي لا يعارض هذه الشكلية مادامت فيه حماية حقوق الناس.

٢- الالتزام بعمل: سواء كان عملاً مادياً كقيام المقاتل بإنشاء مشروع بعد إكمال عقد المقاتلة أو معنوياً (عملاً قانونياً) كنيابة الوكيل عن الأصل في ممارسة تصرف قانوني وكُل فيه، وسواء أكان العمل غير قابل للنيابة بحيث لا يجوز لغيره

^(١) كما في الاستغلال فتسقط الدوى بعد مضي سنة، أي على من استغل في العقد أن يطالب برفع الغبن منه إلى الحد المعقول خلال سنة من وقت العقد. المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي القائم.

^(٢) في شرح القانون (من حيث صور عمله) كما وردت في مصادر الالتزام للأستاذ عبدالمعظم البدرابي ص ١٥ وهذا خطأ كما ذكرنا مراراً لأن المحل هو الأداء الواجب في جميع الالتزامات والمحل موضوع الالتزام وعمل العقد.

الوفاء به، كالتزام فنان برسم لوحة معينة أو طبيب مختص لإجراء عملية، أو كأن يقبل النيابة كالتائب عن المقاتل في إنشاء مشروع يقبل النيابة.

٣- الالتزام بالامتناع عن العمل: سواء أكان امتناعاً عن عمل مادي كالتزام شخص بعدم منافسة آخر في نشاط تجاري معين في منطقة معينة، أم التزاماً بالامتناع عن عمل قانوني كالتزام البائع بعدم التعرض للمبيع بعد قبضه.

ثالثاً: من حيث النتيجة التزام ببذل العناية والتزام بتحقيق الغاية:

١- الالتزام ببذل العناية: كالتزام الجراح ببذل العناية ورعاية أصول وقواعد طبية واتخاذ الحيلة والحذر فيما يتعلق بالإجراء الجراحي فلا يستطيع المريض أو ورثته إقامة الدعوى ضد الطبيب الجراح المختص إذا فشلت العملية رغم بذل العناية

٢- الالتزام بتحقيق الغاية: وهو أن يكون ملتزماً بتحقيق غاية خاضعة لإرادته كالتزام الطالب بالنجاح في إمتحان القبول والاجتياز من مرحلة الى أخرى.

رابعاً: من حيث الأجل إلتزام حال وإلتزام مؤجل:

١- الإلتزام الحال: هو الذي لا يتفق الملتزم فيه والملتزم له على تنفيذ الإلتزام بعد أجل معين، فالمفروض أن كل إلتزام مترتب على العقد حال يجب تنفيذه فوراً ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

٢- الإلتزام المؤجل: وهو الذي يتم الاتفاق على تحديد موعد معين في المستقبل لتنفيذه، كالبيع بالتقسيط وكالاتزامات المترتبة على عقد التأمين.

خامساً: من حيث الموضوع عيني وشخصي:

١- الإلتزام العيني: هو الإلتزام بإداء معين يثبت في عين معينة، وبعبارة أخرى هو الإلتزام الذي يكون موضوعه عيناً معينة كالاتزام بتسليم المبيع، فهو موضوع الإلتزام ومحلّه هو التسليم.

٢- الإلتزام الشخصي: هو الذي يكون موضوعه حقاً شخصياً كالدين المتعلق بزمة المدين.

وقد زعم البعض أن فكرة الإلتزام العيني غامضة في التشريعات الوضعية، فمنهم من يرى أنه إلتزام شخصي عادي وذو البعوض الى أنه إلتزام قائم بذاته فهو وسط

بين الحق العيني والحق الشخصي، ويرى فريق منهم الأستاذ المستهوري أن الالتزام العيني إمتداد للحق العيني وليس إلتزاماً قائماً بذاته^(١).
ونرى أن هذه الخلافات نابعة عن عدم تعريف جامع مانع لكل من النوعين كما ذكرنا آنفاً.

سادساً: من حيث النطاق هام وخاص:

- ١- الالتزام العام: هو إلتزام كل شخص بأن لا يلحق الضرر بالغير بدون مجبر في جميع علاقاته المالية كالامتناع عن الغش أو التدليس أو الاستغلال أو نحو ذلك ضد الإنسان أياً كان والاخلال به يشكل مسؤولية تصيرية.
- ٢- الالتزام الخاص: هو إلتزام أحد العاقدين تجاه الآخر والاخلال به يؤدي الى المسؤولية العقدية.

سابعاً: من حيث المنشأ أصلي وتبعي:

- ١- الالتزام الأصلي: هو التزام مستقل غير تابع لإلتزام آخر، كالإلتزام العاقدين في عقد البيع أو عقد الإيجار أو نحوهما، ولا ينقضي هذا النوع إلا بإسباب الانقضاء لجميع الالتزامات.
- ٢- الالتزام التبعي: هو إلتزام غير مستقل وإنما هو تابع لإلتزام آخر أصلي، فيبقى ببقائه وينقضي بانقضائه، كالإلتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به الأصيل، فيبقى مستمراً مادام إلتزام الأصيل باقياً فلذا إنقضى بطريقة من طرق الإنقضاء كالوفاء والمقاصة وإتخاذ الذمة^(٢) ونحوها، ينقضي إلتزام الكفيل تبعاً تلقائياً.

(١) ينظر د. هيد العزيز عبد القادر. الإلتزام العيني بين الشريعة والقانون ص ٥
(٢) إتخاذ الذمة كأن يموت الدائن وينحصر دولته في اللدين.

ثامناً: من حيث الطبيعة مدني وجنائي:

١- الالتزام المدني: هو الالتزام الذي يكون الإخلال به مؤدياً إلى قيام مسؤولية عقدية كإخلال البائع بتسليم المبيع في زمان ومكان معينين، وكإخلال المشتري بتسليم الثمن في موعده المحدد.

٢- الالتزام الجنائي: - هو الذي يكون الإخلال به جريمة كإخلال الملتزم قانوناً بعدم الاعتداء على حياة شخص بريء. وكالالتزام بالإمتناع عن خيانة الأمانة.

تاسعاً: من حيث طبيعة الأداء التزام ذي أداء إيجابسي والتزام ذي أداء سلبي:

١- الالتزام ذو الأداء الإيجابي: هو التزام شخص بإعطاء شيء. لآخر كالتزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له.

٢- الالتزام السلبي أو ذو الأداء السلبي: هو التزام يتطلب من المدين أن يمتنع بموجب الاتفاق عن الإتيان بكل ما كان يجوز أن يقوم به لولا وجود هذا الالتزام كالتزام المشتري بعدم منافسة البائع في بيع مثل ما يبيعه في عمله التجاري^(١).

عاشر: من حيث الوفاء تام وناقص:

١- الالتزام تام الوفاء: - هو أن يقوم المدين بتنفيذ إلتزامه في جميع ما إلتزم به كما هو المطلوب منه شرعاً أو قانوناً أو اتفاقاً.

٢- الالتزام ناقص الوفاء: كالإخلال بإداء ناقص من حيث الكمية أو الكيفية أو التأخير، فإذا ترتب على ذلك ضرر يجب على المدين تعويض هذا الضرر.

حادي عشر: من حيث التنفيذ اختياري وجبري:

١- الالتزام ذو التنفيذ الإختياري: هو الذي يقوم المدين بتنفيذه الذي يسمى الوفاء باختياره.

٢- الالتزام ذو التنفيذ الجبري: وهو الذي يفرضه القضاء على المدين إذا إمتنع عن الوفاء باختياره.

(١) ينظر الدكتور عبد المحي حجازي - النظرية العامة للإلتزام ٤/٢ وما يليها

المبحث الرابع

أهلية الالتزام وعوارضها

وتوزع دراسة الموضوع على مطلبين يخص الأول
للتعريف بالأهلية، والثاني للتعريف بعوارض
الأهلية.

المطلب الأول

التعريف بالأهلية

الأهلية:

وهي لغة الصلاحية، يقال فلان أهل لكذا.
وفي الإصطلاح الفقهي تنقسم إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء. وكل منهما تنقسم
إلى الناقصة والتامة.
ولكل قسم تعريف خاص به لذا لا يمكن تعريف الأهلية بصورة مطلقة لاختلاف
ماهيات الأقسام المندرجة تحتها.

أولاً: أهلية الوجوب الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لإن تثبت له بعض حقوق نافعه لا تحتاج إلى القبول كحق
الميراث بعد وفاة مورثه، وحق الوصية بعد وفاة الموصي. وحق غلة الوقف إذا كان من
الموقوف عليهم.

وتثبت هذه الأهلية للجنين قبل ولادته غير أن ما يشبت له من تلك الحقوق لا تكون
ملكيتها لها نافذة في حال قيام أسبابها، بل تتوقف على ولادته حياً فإذا ولد حياً
تثبت مالهيتها مستندة إلى وقت وجود سببها بالأثر الرجعي.

وإن ولد ميتاً بعد أن كان موجوداً، فيُرد كل ما احتفظ به له إلى من يستحقه علي تقدير عدم وجوده أصلاً.

أما الحقوق التي تحتاج إلى القبول، كشراء شيء له، فلا تثبت له لأن الجنين قبل ولادته ليست له عبارة وليس له ولي ولا وصي^(١١).

ثانياً: أهلية الوجوب الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، أي تثبت له الحقوق وتجب عليه بعض الالتزامات بمجرد ولادته حياً ويكون صالحاً لإكتساب الحقوق عن طريق وليه أو وصيه نيابة عنه (نيابة شرعية وقانونية وعليه بعض الالتزامات كالالتزام بنفقة من يجب عليه نفقته إذا كان متمكناً مالياً وعليه الزكاة إذا توافرت شروطها عند من يرى أن الزكاة عبادة مالية تغلب فيها للمؤنة على العبادة).

وأما من قال بأن جانب العبادة هو الغالب على الجانب المالي، فلا يري وجوب الزكاة في ماله لأنه ليس أهلاً للعبادة.

وجدير بالذكر أن أهلية الوجوب الكاملة لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية كالجنون، فلو جن بعد الولادة لا يفقد أي حق من حقوقه.

ثالثاً: أهلية الأداء الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض وتثبت له هذه الأهلية بإكمال السابعة من عمره وتستمر إلى دخوله في سن البلوغ والرشد.

وخلال هذه المدة تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً صحيحة مطلقاً (أجازها الولي أم لا) كقبول تبرعات مثل الهبات والهدايا والمكافآت وغيرها.

وتكون تصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة مطلقاً (أجازها الولي أم لا) كأن يقوم بدفع مال لغيره بدون مقابل.

^(١١) ذهب بعض الفقهاء التي جواز نصب الوصي للجنين قبل ولادته للحفاظ علي الحقوق التي تثبت له قبل الولادة وبه أخذ قانون الولاية علي المال المصري الصادر ١٩٥٢ نقلاً عن الشيخ عيسى أحمد عيسى للدخل للفقعة الإسلامي ص ٤٨٢.

أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أو (الربح والخسارة) كالبيع والشراء والإيجار ونحوها من المعاوضات تكون متعقدة غير نافذة وموقوفة علي إجازة وليه فإذا وافق صحت بالأثر الرجعي وإن لم يوافق تعتبر كأن لم تكن أصلاً فلا ترتب عليها الآثار الشرعية والقانونية.

وجدير بالذكر أن الأهلية الناقصة في القضايا الجنائية تكون بعد اكتمال التاسعة من عمره.

رابعاً: أهلية الأداء الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه وتحمل المسؤولية المدنية والجنائية بدون ولي أو وصي ولصدور التبرعات والمعاوضات منه علي وجه يعتد به شرعاً وقانوناً دون توقفها علي رأي غيره.

وترتفع الولاية عن القاصر بعد ثبوت رشد أي حسن تصرفه في ماله وقدرته علي استعماله وإستغلاله إستغلالاً حسناً لقوله تعالى ﴿...فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^(١) ...﴾

و يوضع تقدير بلوغه سن الرشد لسلطة القاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة.

المطلب الثاني عوارض الأهلية

تنقسم عوارض الأهلية من حيث تدخل الإرادة في حدوثها وعدم تدخلها إلى إرادة وإرادة وتسمى سارية، والإرادة وتسمى المكتسبة. وفي كلتا الحالتين لا تؤثر على أهلية الوجوب كما ذكرنا.

ومن هذه العوارض:

أولاً: العوارض اللاإرادية المؤثرة على أهلية الأداء بنوعيتها (الكاملة والناقصة)

١- المجنون: وهو آفة تصيب الإنسان فتحدث خللاً في قوته المميزة بين النافع والضار والحسن والقيح والمدركة لعواقب الأمور في الحال والمستقبل.

وأثر هذا العارض أنه يزيل أهلية الأداء بنوعيتها بحيث يصبح حكم هذا المصاب بهذه الآفة كحكم الصبي غير المميز فجميع تصرفاته تكون باطلة فلا ترتب عليها الحقوق والالتزامات المدنية كما يرفع الالتزامات الجزائية وبالتالي يكون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية.

والجنون أما مطبق (مستمر) أو غير مطبق (غير مستمر) أي يصيب الإنسان في بعض الأوقات دون بعض وما يصدر عنه من التصرفات المالية أو من الجرائم في أوقات الافاقة يعتد بها الشرع والقانون ويرتب عليها الآثار.

وأما ما يصدر عنه أثناء الجنون فيعتبر كالمعذور فلا يترتب عليها إلتزامات جنائية، أما إلتافاته الضارة فإنها موجهة للتعويض.

٢- الإضفاء: وهو مرض يحدث في الدماغ ويعطل القوي المحركة والمدركة لكن لا يزيل العقل من أصله وإنما يجعله مشلولاً في حالة الإغماء.

وحكمه حكم المجنون والصبي غير المميز في الإلتزامات المدنية والجنائية لفقدان الإدراك والتصد.

٣- النوم: وهو فتور طبيعي يعرض للإنسان في أوقات منتظمة ولا يزيل العقل من أصله ولكن يجعله مشلولاً.

وحكمه حكم العارضين السابقين من حيث الآثار الشرعية والقانونية.

٤- العته: وهو آفة لا إرادية تورث خلا في العقل فيصبح صاحبه مختلط الكلام فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه مثل كلام المجانين وبهذا الاعتبار يكون نوعين:

أحدهما لا يبغي معه إدراك وتمييز فيكون حكمه حكم المجنون فيما ذكرنا.
والثاني لا يفقد تمييزه كلياً ولكن يفقد إدراك الراشدين العاديين.
والمصاب بهذا النوع حكمه حكم الصبي المميز.

ثانياً: العوارض التي تؤثر علي أهلية الأداء الكاملة فقط دون الناقصة:

ومنها:

- ١- السفه: وهو خفة يصاب بها الإنسان فتدفعه الي العمل بما يخالف مقتضي العقل السليم والشرع والقانون مع قيام العقل حقيقة. فيجبر عليه من قبل القاضي ويكون حكمه كحكم تصرفات الصبي المميز.
- ٢- الغفلة: وهي ضعف في الإدراك بحيث لا يهتدي للمصاب به الى التصرفات الراجعة وحكمها كحكم السفه فيما ذكرنا.

ثالثاً: العوارض التي لا تؤثر علي الأهلية مطلقاً لكن تحدد من تصرفات الإنسان:

وهي:

- ١- مرض الموت: وهو ان يكون الغالب فيه الهلاك عادة حسب التقرير الطبي كمرض السرطان مثلاً حيث لم يصل العلم والطب لحد الآن الي كشف طرق علاجه فهذا المرض يسبب في تقييد تصرفاته ولكن لا يؤثر علي عقله فكل

تصرف يحتاج اليه المريض أولاً بمس حقوق الدائنين أو الورثة صحيح نافذ لا يتوقف علي إجازة أحد، وما عدا ذلك من التصرفات يكون موقوفاً علي إجازة صاحب الحق من الدائنين أو الورثة، وهذا العارض لا تأثير له علي أهلية الأداء بنوعيتها، لأنه لا يؤثر علي عقل الإنسان وتمييزه.

٢- ذين يستغرق أموال المدين أو يزيد عليها.

وتصرفاته بعد الحجر عليه تكون موقوفة علي إجازة من يتضرر من هذا التصرف من الدائن أو الوارث أو نوهما، وبإع مال المدين المحجور عليه جهاً عدا مستلزمات حياته الضرورية للوفاء بديونه إذا لم يقم به بإختياره.

ويستنتج من إستعراض العوارض المذكورة ما يأتي:

أ- الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه القريب من المجنون محجورون لذواتهم وتصرفاتهم باطلة أذن الولي أم لا.

ب- والسفيه وذو الغفلة والمدين الذي يستغرق دينه أمواله، محجورون لغيرهم (حكم القاضي).

ج- للولي بتغريض من المحكمة لن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله وإن لم يأذن له في التجارة ويكون الأذن مطلقاً ومقيداً.

د- للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند إمتناع الولي عن الأذن وليس للولي أن يحجز عليه بعد ذلك.

هـ - للمحكمة بعد إذن الولي أن تعيد الحجر على الصغير ^(١).

^(١) ينظر المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ للواء (٩٤-١٠١).



الفصل السابع

شؤون الأسرة (الاحوال الشخصية)

الأسرة نواة المجتمع، إن صلحت صلح المجتمع وسادت الفضيلة وإن فسدت فسد المجتمع وعمت الرذيلة لذا إهتم بها القرآن الكريم فبين بشيء من التفصيل شؤونها وأحكامها فنظم حقوق وواجبات كل فرد من أفراد الأسرة بدءاً بالولادة وإنتهاء بوفاته من زواج وطلاق ورضاع وحضانة ونفقة وتركه التفصيلات لاجتهادات فقهية لتنظيم الأسرة حسب متطلبات الحياة وتطورها على أن لا يخرج هذا التنظيم عن إطار الشرع ودائرة الأخلاق. وتتناول دراسة الزواج والطلاق بإيجاز في مبحثين.

المبحث الأول

الزواج وما يتعلق به

الزواج: ميثاق بين رجل وامرأة بموجبه يحمل كل منهما للآخر على أسس الحب المتبادل والاحترام المتقابل والسكينة والمودة والرحمة والمسؤولية المشتركة^(١).

أركان الزواج:

وهي عبارة عن الإيجاب الصادر من أحد الزوجين والقبول الصادر من الآخر أو بمن ينوب عنهما بصيغة تدل على إبرام الزواج لغة أو عرفاً^(٢) أو شرعاً.

شروط الانعقاد:

- ١- أهلية الأداء.
- ٢- أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حقيقة^(٣) أو حكماً^(٤).
- ٣- مطابقة الإيجاب والقبول.
- ٤- سماع وفهم كل من الموجب والقابل لما يصدر عن الآخر.
- ٥- عدم ثبوت مانع من موانع الزواج ثبوتاً قطعياً^(٥).

^(١) اختارت تعبير (ميثاق) في هذا التعريف لوروده في القرآن الكريم في قوله تعالى (وَلَقَدْ أَقْبَضْنا بِعَهْدِكُمْ إِلىٰ نَفْسِ رَاحِلِكُمْ مِنكُم مِّيثَاقًا غَليظًا) سورة النساء/ ٢١. ثم إن تعبير (عقد) غالباً يستعمل للتعايا لالاية والمرأة التي من أن تضمن بملأ.

^(٢) وحصر الأركان في الإيجاب والقبول هو رأي الحنفية وهم على الصواب.

^(٣) إذا كان إبرام الزواج بين الحاضرين في مجلس واحد.

^(٤) إذا كان الزواج بين غائبين ففي هذه الحالة يجب حضور شاهدين على كل من الإيجاب والقبول لانهما في مجلسين حقيقة والانعقاد يكون في مجلس القبول.

^(٥) هي في الأمور الجوهرية المتعلقة بالزواج.

شروط الصحة:

شروط صحة كل تصرف شرعي زواجا كان أم غيره هو أن تتوقف عليها هذه الصحة بحيث إذا تخلف شرط واحد منها يكون التصرف فاسداً^(١).

أهم شروط صحة الزواج:

- ١- حضور شاهدين متمتعين بأهلية كاملة يسمعان كلام كل من العاقلين ويستوعبان بأن المقصود منه إبرام عقد الزواج. فالزواج بينهما فاسد.
- ٢- عدم توقيت الزواج فكل زواج مؤقت كزواج المتعة وزواج التحليل^(٢) يكون فاسداً.
- ٣- عدم تعليقه على شرط فاسد مفسد كزواج الشغار^(٣).
- ٤- عدم كون الزوج أو الزوجة أو الولي في إهرام الحج^(٤).
- ٥- كون صيغة الزواج منجزة غير مضافة الى المستقبل.

شروط النفاذ:

شرط النفاذ ما يتوقف عليه نفاذ الزواج بأن ترتب عليه آثاره الشرعية من الحقوق والالتزامات، فإذا تخلف شرط من شروطه يكون الزواج موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة.

ومن أهم الشروط:

- ١- كون العائد كامل الأهلية أي بالغاً سن الرشد، فزواج ناقص الأهلية موقوف على إجازة وليه.

^(١) وإذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده يكون الزواج باطلاً. وإذا تخلف شرط الصحة يكون فاسداً

^(٢) وهو تزويج المصلحة ثلاثاً من شخص على أن يدخل بها ليصح رجوعها بعقد جديد الى الزوج الأول. وهذه الطريقة فاسدة لا تتفق مع حكمة قوله تعالى (لَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)

^(٣) وهو أن يزوجه رجل أخته أو بنته من آخر على أن يزوجه هو أخته أو بنته منه.

^(٤) لقول الرسول (ﷺ) (لا ينكح المحرم ولا ينكح).

٢- زواج الولي موليته البالغة العاقلة الرشيدة بدون إذنها، فإذا لم تجز هذا الزواج يعتبر كأن لم يكن.

شروط اللزوم:

وهي شروط إذا توفرت لايحق لأي من العالدين فسخه بدون مجر.
ومن أهم هذه الشروط:

- ١- عدم وجود عيب في أحد الزوجين من العيوب التي تجر التفريق القضائي.
- ٢- عدم كون أحد الزوجين عديم الاهلية بالصفر أو الجنون فزواج الصغير أو الصغيرة أو المجنون أو المجنونة بأذن الولي والقاضي مع قيام مصلحة شرعية ينهقد صحيحا وتترتب عليه آثاره الشرعية لكن حين البلوغ أو الإفالة من الجنون يحق لمن كان عديم الاهلية وقت الزواج أن يفسخ زواجه.
- ٣- إذا كان الزواج بدون إذن الولي وكان الزوج غير كف، يحق للولي بعد علمه أن يطلب من القاضي فسخ الزواج.

مهرمات الزواج:

المحرمات من النساء قسمان: محرمات حرمة مؤبدة ومحرمات حرمة مؤقتة.

القسم الاول: محرمات حرمة مؤبدة:

وهي ثلاثة أنواع:

- ١- محرمات بسبب النسب: - فيحرم على الرجل فروعه من النساء وفروع فروعه كالبنت وبنات البنات وبنات الإبن وإن نزلن.
وأصوله من النساء وأصول أصوله وإن علون كالأم والمجدة.
وفروع أبويه وفروع فروعهما كالأخت وبناتها وبنات الأخ وإن نزلن.
وفروع أجداده وجداته (الأعمام والعما والاخوال والحالات) ..

٢- محرمات بسبب المصاهرة: فيحرم على الرجل فروع زوجته وأصولها من النساء ويحرم عليه زوجات أصوله (زوجات الأب والجـد وإن علا) وزوجات فروعـه (زوجات الإبن وإبن الإبن وإن نزل).

٣- محرمات بسبب الرضاة: قال الرسول (ﷺ) (يحرم من الرضاة ما يحرم من النسب). لكن هذا ليس على إطلاقه وإنما يسري التحريم على الرضيع وحده ذكرًا كان أم أنثى فيصبح أحد أولاد أسرة للرضعة شأنه شأن الولد من النسب في التحريم ولا يسري على إخوة الرضيع وأخواته فيجوز الزواج بينهم وبين أولاد الرضعة.

القسم الثاني: محرمات حرمة مؤقتة:

وهي خمسة أنواع:

١- زوجة الغير ومعتدته.

٢- المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى فلا تقل للزوج المطلق حتى تنكح زوجاً غيره زواجاً اعتيادياً لازواج تحليل لانه باطل لوجود شرط التعليل ولو كان ضمنياً بعد الدخول ولكونه زواجاً مؤقتاً ولأن الزوجة لا ترضى بهذا الزوج المعلن أن يكون زوجها لها مدى الحياة. وبالإضافة الى ذلك يجب تحقق الدخول من الزوج الجديد ثم الطلاق ثم إنتهاء العدة من هذا الزواج^(١).

٣- الجمع بين المحارم كالجمع بين الأختين والجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها، فلا يحل هذا الزواج إلا بعد الفرقة من الزوجة الأولى وإنتهاء عدها.

٤- زواج خاصة وفي عصمته أربع نساء فإذا طلق إحداهن يجوز له الزواج من زوجة أخرى.

^(١) قال تعالى (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرًا) أي طلقها للمرة الثالثة لأنه قال في الآية السابقة (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٌ بِإِحْسَانٍ) وقوله تعالى (أَوْ تَسْرِيعٌ بِإِحْسَانٍ) هو الطلاق للمرة الثالثة.

المهر:

ومن متعلقات الزواج المهر، وهو هدية ومزية من الزوج الى الزوجة كنقطة البداية للتعارف وبداية الحياة المشتركة، فهو ليس ركنا ولا شرطا في الزواج لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ قَفِرْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾^(١). وإذا طلقها الزوج قبل الدخول يتشطر الى نصفين يرجع الى الزوج نصفه لكن يثبت لها كل المهر بالوفاة أو الدخول.

مهر المثل:

يجب مهر المثل (مثل الزوجة) إذا لم يسم المهر في الزواج أو كان المهر المسمى غير متقوم كالمخدرات أو كان مجهولا أو كان مفصويا مثلا.

آثار الزواج:

من آثاره النفقة فيجب على الزوج نفقة زوجته بمجرد إنعقاد الزواج ولو كانت غنية. ومن آثاره أيضا الميراث فيرث كل منهما من الآخر بمجرد عقد الزواج وإن لم يحصل الدخول.

^(١) سورة البقرة / ٢٣٦ والمراد بالفريضة المهر المقرر ومن الواضح أن الطلاق لا يكون إلا بعد الزواج الصحيح فهذه الآية تشير إلى أن المهر ليس ركنا ولا شرطا لصحة الزواج.

المبحث الثاني

الطلاق وما يتعلق به

الطلاق:

هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوّضت أو من القاضي بالتفريق القضائي بعد طلب أحد الزوجين وثبوت سبب من أسباب التفريق. للزوجة طلب التفريق إذا ثبت أنها متضررة في حياتها الزوجية ضرراً مادياً أو معنوياً بحيث يتعسر تحملها عادة.

لا يقع طلاق السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقداً للتمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض. ولا يقع الطلاق غير المنجز (المعلق على الشرط أو المضاع إلى المستقبل) كما لا يقع بعيفة اليمين.

أنواع الطلاق:

الطلاق قسماً:

١- الطلاق الرجعي: وهو كل طلاق بعد الدخول بشرط أن يكون للمرة الأولى أو الثانية وأن لا يكون بعوض ولا بتفريق قضائي.

حكمه: -جواز إستئناف الحياة الزوجية قبل إنتهاء العدة بدون عقد جديد.

٢- الطلاق البائن: هو كل طلاق قبل الدخول أو للمرة الثالثة أو بعوض أو بالتفريق القضائي.

حكمه: إن كان بائناً بينونة صغرى يجوز الاستئناف للحياة الزوجية بعقد جديد لقوله تعالى: ﴿وَيَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...﴾^(١).

^(١) سورة البقرة / ٢٢٨.

وإن كان باننا بينونة كبرى بأن طلقها للمرة الثالثة فلا تحمل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ويدخل بها وتحصل الفرقة بينهما بالطلاق أو بالوفاة.

آثار الطلاق:

- ١- حق الزوجة في التزوج بآخر بعد إنتهاء عدتها.
- ٢- وجوب دفع المهر لها إذا كان مؤجلاً كله أو بعضه.
- ٣- لها نفقة العدة.
- ٤- لها طلب الأجرة على إرضاع طفلها وعلى حضانتها.

شقوقات العدة^(١):

- ١- تنقضي عدة الزوجة المطلقة بالآتي:
 - ١- بوضع الحمل إن كانت حاملاً ولم تكن الفرقة بالوفاة.
 - ٢- وثلاثة قروء إن كانت من ذوات الحيض.
 - ٣- وثلاثة أشهر إن لم تبلغ سن الحيض أو كبيرة داخلة سن اليأس من الحيض، أو لم تكن من ذوات القروء أصلاً (خلقة).
- ب- عدة المتوفى عنها زوجها تنقضي بالآتي:-
 - ١- بمرد أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة إن لم تكن حاملاً.
 - ٢- بأبعد الأجلين من المدة المذكورة بوضع الحمل إن كانت حاملاً.

الرضاة:

يجب على أم الولد إرضاع طفلها ما لم يكن لها عذر مشروع لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾^(٢).

^(١) قال سبحانه وتعالى (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَضِعْنَ بِنَفْسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) سورة البقرة/٢٢٨. وقال تعالى (وَاللَّائِي يَنْسُونَ مِنَ الْمَيْمُونِ مَنْ لَكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنْ وَأُولَئِكَ الْأَخْسَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) سورة الطلاق/٤. وقال في عدة الوفاة (وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنْكُمْ مَنْ يَتَّبِعُونَ أَزْوَاجَهُنَّ يَتَرَضِعْنَ بِنَفْسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَخَمْسًا) سورة البقرة/٢٢٤.

^(٢) سورة البقرة/٢٣٣.

الحضانة:

هي حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يحقق مصلحته والأم أحق بحضانة الولد وتربيته ما لم يتضرر المحضون من ذلك ويشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون. وتجب أجرة الحضانة على من تجب عليه نفقة المحضون.

الوصية:

هي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض. ويشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع ومالكاً للموصى به. ويشترط في الموصى له أن يكون موجوداً إذا كان معيناً بالذات وأن لا يكون قاتلاً للموصى ولا جهة معصية.

ويشترط في الموصى به أن يكون مالاً متقوماً قابلاً للتعامل.

الميراث:

هو ما يستحقه الوارث من نصيب في تركه مورثه بعد اخراج الحقوق المتعلقة بها.

التركة:

ما يتركه المتوفي من أموال وحقوق مالية والحقوق المتعلقة بالتركة تكون متسلسلة كالآتي:

١- نفقات نقل المتوفى الى مشواه الاخير.

٢- الدين ان وجدت.

٣- تنفيذ الوصية إن وجدت.

٤- الباقي للورثة بالقرابة والزوجية الصحيحة.

أسباب الميراث اثنان: - القرابة والزوجية الصحيحة.

أركان الميراث ثلاثة:

١- المورث (المتوفى) .

٢- المورث (التركة).

٣- الوارث وهو من يتوفر فيه سبب الميراث.

شروط الميراث أربعة:

١- وفاة المورث.

٢- حياة الوارث بعد وفاة المورث

٣- وجود السبب (القرابة أو الزوجية)

٤- انتفاء مانع من موانع الميراث.

موانع الميراث المتفق عليها: .

١- القتل: لا يرث القاتل من تركته مقتوله لقول الرسول (ﷺ) (لا يرث القاتل).

٢- اختلاف الدين: فالمسلم لا يرث من غير المسلم وغير المسلم لا يرث من المسلم لقول الرسول (ﷺ) (لا يتوارث أهل الملتين) .



الفصل الثامن

الجرائم والعقوبات

الجرمة: هي اما فعل محرم او ترك واجب بدون عذر شرعي فالاول يشكل جريمة ايجابية والثاني جريمة سلبية ركنها المادي هو الامتناع عن اداء الواجب بدون مبرر. فالقتل والسرقة والغصب وخيانة الامانة والزنا والتعاون على الاثم والعدوان... من الجرائم الايجابية. وترك الصلاة والصيام والزكاة وترك التعاون على البر والتقوى وترك انقاذ الغريق او شبه ذلك من الجرائم السلبية.

والعقوبات: قتل، وقطع، وجلد، وسجن، او حبس ونفي او كفارة.

وقد قسم فقهاء الشريعة الجريمة باعتبار خطورتها وتحديد عقوبتها او عدم التحديد الى ثلاثة السام رئيسة وتوزع دراستها على ثلاثة مباحث.

المبحث الاول

جرائم الحدود

وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الإنسان من الدين والحياة والمال والعرض والعقل. ولخطورة هذه الجرائم ثبت تجريمها بالنص، وحددت عقوباتها بالنص، ولذلك سميت بجرائم الحدود. كجريمة السرقة والزنا والقتل والردة وتعاطي المسكرات والبغي

جريمة السرقة:

وهي: اخذ العاقل البالغ المختار نصاباً خفية عمن هو متصد للحفظ ما لا يتسارع اليه الفساد من المال المنقول للغير من حرز مثله بلاشبهة^(١).

وبناء على هذا التعريف يجب ان يتوفر في السرقة العناصر الاتية:

- ١- ان يكون السارق بالغاً عاقلاً فلا قطع على القاصر.
- ٢- ان يكون المسروق نصاباً وقدر حده الأدنى بما يعادل عشرة دراهم فضية اربع دينار ذهبي او ما يعادل ذلك في كل عصر فلا قطع فيما يكون اقل من ذلك.
- ٣- ان يكون المال لا يتسارع اليه الفساد فلا قطع على سرقة الفواكه ومشتقات اللبغ ونحو ذلك.
- ٤- ان يكون المال متقوماً فلا قطع على سرقة الخمر ونحوها.
- ٥- ان يكون في حرز المثل اي ما يحفظ فيه مثل هذا المال المسروق عادة فلا قطع اذا كانت السرقة لمال ليس في حرز مثله.
- ٦- ان يكون المال للغير فلا قطع اذا سرق ما ظن أنه مال غيره، ثم تبين انه ماله.
- ٧- ان لا يكون السارق مضطراً الى ارتكاب السرقة.

^(١) شرح فتح القدير ٣٥٤/٥ وحدد النصاب، بعشرة دراهم او مقدارها والدراهم عملة قديمة مصنوعة من الفضة.

٨- ان يتوفر لديه القصد الجنائي.

٩- ان لا توجد شبهة الحلال فلا قطع عند أكثر الفقهاء في السرقات بين الاصول والفروع وبين الزوجين، وبين الشركاء...

فاذا توفرت هذه الشروط وثبتت بالبيينة (الشهادة) او الاقرار تطبق على السارق العقوبة المحددة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ﴾^(١).

جريمة الزنا:

قال سبحانه و تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٢).

اركان جريمة الزنا:

١. الفعل المادي (الوطء): وهو ايلاج الإنسان ذكره في فرج امرأة عرمة من غير عقد ولاشبهة.

٢. الزاني والزانية: ويشترط فيهما:

أ- البلوغ والعقل.

ب- الاختيار

ج- عدم توفر الشبهة باية طريقة كانت.

٣. القصد الجنائي: ويعتبر القصد الجنائي متوفرا اذا ارتكب الرجل الفعل وهو عالم انه يظأ امرأة عرمة عليه او اذا مكنت المرأة نفسها وهي تعلم بان الذي يظأها عرم عليها. فاذا أتى احدهما الفعل وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه.

^(١) سورة المائدة / ٣٨.

^(٢) سورة الاسراء / ٣٢.

ادلة اثبات جريمة الزنا:

حفاظاً على سمعة العائلة وستراً على مرتكب المحيطة شددت الشريعة في اثبات جريمة الزنا وهي لا تثبت الا بأربعة شهود، أو باقرار الجاني اربع مرات، وهو بالغ عاقل مختار امام القضاء..

عقوبة جريمة الزنا:

- ١- على الزاني غير المتزوج وغير المتزوجة مائة جلدة.
- ب- وعقوبة المتزوج والمتزوجة هي الاعدام بالرجم عند بعض الفقهاء. وعند البعض الآخر الرجم منسوخ بالجلد، لأن الأول ثبت بالسنة النبوية، والثاني بالقرآن وهذا ما نرجعه.

جريمة القذف:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنَّا فَاوْلَئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيمُ^(١)﴾.

والقذف في الاصطلاح الشرعي نسبة الزنا الى الغير بدون ان يستطيع اثباته بأربعة شهداء او باقرار المقتوف.

لركان جريمة القذف:

- ١- الفعل المادي وهو الرمي (أي نسبة الزنا الى الغير)
- ٢- القاذف البالغ العاقل المختار.
- ٣- المقتوف المحصن (العفيف عن الزنا) على ان يكون على قيد الحياة وان يكون معلوماً.
- ٤- القصد الجنائي.

والعقوبات الواردة في الآية الكرمة المذكورة ثلاث وهي:

١- ثمانون جلدة.

٢- عدم قبول شهادته.

٣- اعتباره فاسقا.

جريمة الردة:

قال سبحانه وتعالى: ﴿...وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ قِمَتُ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ خَبِطَتْ أَْعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ^(١)﴾.

المرتد: هو المسلم الذي غير دينه. فالردة مقصورة على المسلمين ولا يعتبر مرتدا من يغير دينه من غير المسلمين.

واعتبر فقهاء الإسلام المرتد مهدر الدم لسببين: احدهما انه كان معصوما بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فاصبح مهذرا. وثانيهما ان عقوبة المرتد في الشريعة القتل حدا لا تعزيرا لقول الرسول (ﷺ) (لا يحل قتل امرئ الا باحدى ثلاث: كفر بعد الايمان ، وزنا بعد احصان، وقتل نفس بغير نفس) ولقوله (من بدل دينه فاقتلوه) اي من بدل دينه وعمل ضد الا سلام ولا يقتل إلا بعد الاستتابة وطلب الرجوع الى الإسلام مدة ثلاثة ايام ولكن لم يرد في القرآن عقوبة دنيوية.

جريمة تعاطي المسكرات: قال سبحانه وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَتَاعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْغَفْوُ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ^(٢)﴾

وبدل هذا النص على التحريم القطعي لتعاطي المسكرات بكافة انواعها من الالوجه الاتية:

(١) سورة البقرة / ٢١٧

(٢) سورة المائدة / ٩٠ / ٩١

- ١- وضع المسكر في مصاف الميسر والقمار والانصاب (الاصنام) والازلام (السهام التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها) .
- ٢- اعتباره رجسا والرجس لا يقبل التطهير بخلاف النجس.
- ٣- اعتباره من أعمال الشيطان.
- ٤- الامر بالاجتناب عنه امر وجوب والزام.
- ٥- كونه مصدر شر وعداوة وبغضاء لما يتفوه به السكران من القول المنكر.
- ٦- كونه سببا لصد الإنسان عن ذكر الله وعن الشعور بالمسؤولية.
- ٧- الامر بالانتهاز والكف عنه على وجه الحتم والالزام^(١)

عقوبة السكران:

إذا كان السكران بالفا عاقلا مختارا عالما بتحريم المسكر وثبتت الجريمة امام القضاء بالشهادة او الاقرار او بالوسائل الاخرى يعاقب باربعين جلدة حدا وللإمام (رئيس الدولة) أن يزيد عليها اربعين اخرى تمزيقا^(٢)

(١) يراجع مؤلفنا للمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ص ٣٩ وما بعدها
(٢) المهذب لابن اسحاق ابراهيم بن علي الشافعي ٢٨٦/٢ وما بعدها.

المبحث الثاني

جرائم القصاص والدية

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُمْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا^(١)﴾

جرائم القصاص والدية هي جرائم الاعتداء على نفس وما دون النفس وهي تشمل جرائم القتل والجرح والضرب. ويجب القصاص في حالة العمد العدوان ، وتجب الدية في حالة العفو عن القصاص او امتناعه لمانع من الموانع الشرعية ، وفي حالات القتل شبه العمد والقتل خطأ ، وفي اتلاف عضو من أعضاء الإنسان أو جرحه خطأ.

أركان القتل:

القتل اذهاق روح انسان بفعل شخص وبذلك تكون أركانه ثلاثة:

- ١- وجود انسان على قيد الحياة ازهلت روحه.
- ٢- وقوع فعل يحدث من الجاني.
- ٣- وجود رابطة سببية بين الفعل المسند الى الجاني وبين الموت الذي حدث على اثره.

انواع القتل:

قسم جمهور الفقهاء القتل الى ثلاثة انواع:

النوع الاول: القتل العمد:

يكون القتل عمدا اذا توفرت فيه العناصر الآتية:

- أ- ان يصدر عن القاتل فعل يؤدي الى وفاة المجني عليه.
- ب- ان يعتمد الجاني النتيجة (اي يقصد تحقيقها) وهي الموت.

^(١) سورة الإسراء / ٣٣.

- ج- ان تكون الوسيلة المستخدمة في تنفيذ الجريمة مميّزة غالباً.
- د- ان يكون بين الفعل والموت رابطة سببية فاذا توفرت هذه العناصر وثبتت الجريمة امام القضاء يحكم عليه بالقصاص وقبل تنفيذه يؤخذ رأي الورثة وولي الدم لان الله خمدولي المجني عليه بين ثلاثة خيارات في قوله ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(١) والسلطان هو ان له ان يطلب تنفيذ القصاص ، او يعفو عن القصاص ويعدل الى التعويض (الدية) او يتنازل عن الحقين.
- وذلك لان حكمة تشريع القصاص شفاء صدور الاولياء وورثة المجني عليه والزجر وحماية حياة الابرياء. كما قال سبحانه تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾^(٢)
- وهذه الحكمة تتحقق في حالة اخذ رأي الورثة في تنفيذ العقاب.

النوع الثاني: القتل شبه العمد (او الضرب المفضي الى الموت):

يكون القتل شبه عمد اذا توفرت العناصر الآتية:-

١. ان يأتي الجاني فعلاً يؤدي لوفاة المجني عليه ضرباً كان او جرحاً او امي ايذاء آخر.

٢. ان يعتمد الجاني الفعل المادي المؤدي الى الوفاة.

٣. ان لا يقصد تحقيق النتيجة الحاصلة (القتل). وهذا العنصر هو معيار الفرق بين القتل العمد والقتل شبه العمد ويستتبط القاضي ذلك من ظروف القضية ومن شهادة الشهود ومن الوسيلة المستعملة في الجريمة.

٤. قيام رابطة سببية بين فعل الجاني وبين موت المجني عليه واذا توفرت هذه العناصر تهب عليه عقوبتان:

أ- الدية: وهي التعويض ويدفع من ماله لامن مال العاقلة لتوفر القصد الجنائي لديه.

ب- الكفارة: وهي تحرير انسان مستعبد، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً.

(١) الاسراء. ٣٣

(٢) البقرة ١٧٩

النوع الثالث: القتل الخطأ:

ويكون القتل خطأ إذا توفرت العناصر الآتية:

١- أن يصدر عن الجاني فعل يؤدي إلى وفاة المجني عليه.

٢- أن يخطأ الجاني في الفعل أو في القصد.

أ- الخطأ في الفعل كأن يقصد فعلاً مشروعاً ويؤدي إلى نتيجة غير مشروعة

كمن قصد تنظيف سلاحه وخرجت منه الطلقة فوقعت على صدر المجني

عليه وكان الجاني يجهل وجود هذه الطلقة.

ب- الخطأ في القصد بأن قصد معتدياً فاصاب بريئاً لم يره على حقيقته ولم

يشخصه.

٣- أن يكون بين الفعل والموت رابطة سببية فإذا توفرت هذه العناصر تجب على

الجاني الكفارة وعلى مائتته (عشيرته) أو نقابته أو مؤسسته الدية (التعويض)

والسر في وجوب الدية على العاقلة هو أن الإسلام لا يرى من العدالة إلحاق

المشقة المالية بالقاتل الذي يرتكب جرمته نتيجة خطأ غير مقصود ويتحمل مثل

هذا الإنسان البائس المسؤولية الكاملة من تلك الجريمة غير المقصودة ولأنه

معذب نفسياً ولا يضاف إليه عذاب مادي آخر^(١).

^(١) ينظر للفني لابن قدامة (عبدالله بن احمد اللقيني) ٦٣٥/٧ وما بعدها شرح الحرشي للإمام محمد الحرشي

المالكي على مختصر الخليل للإمام أبي ضياء. سيدي خليل ٢/٨ وما بعدها "المهذب لابن اسحاق

الشوازي الشافعي ١٧٣/٢ وما بعدها.

الروحة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السيد زين الدين الجبمي العاملي ٣٩٦/٢ وما بعدها.

المحلى لابن حزم الظاهري (أبي محمد بن احمد) ٣٤٢/١٠ وما بعدها.

المبحث الثالث

جرائم التعازير

جريمة التعزير:

هي جريمة لم تحد عقوبتها بنص من القرآن أو السنة بل ترك امر تقدير وتحديد هذه العقوبة لسلطة ولي الامر (رئيس الدولة) بتعاون مع اهل الشورى وذلك في ضوء متطلبات المصالح العامة وحجم الجريمة وخطورة المجرم. وبناء على ذلك نستطيع ان نقول ان اكثر الجرائم في قانون العقوبات العراقي وغيره تدخل ضمن هذا القسم الثالث من الجرائم. وتتنوع من حيث الاساس جرائم التعزير الى ثلاثة انواع:

- ١) النوع الاول: كل جريمة من جرائم الحدود والقصاص اذا تخلف شرط من شروط تنفيذ العقوبة المحددة لها او حصلت فيها الشبهة تتحول تلقائيا الى جريمة تعزيرية تحد عقوبتها من السلطة التشريعية الزمنية. وعلى سبيل المثال: جريمة الزنا تثبت باربعة شهود فان ثبتت بثلاثة او اثنين تتحول الى جريمة تعزيرية يعاقب الجاني بالحبس مثلاً وكذلك جريمة السرقة بين الاصول والفروع وبين الزوجين. وبين الشركاء فيها شبهة ولذلك تتحول الى جريمة تعزيرية يعاقب السارق بالحبس مثلاً بدلاً من قطع اليد.
- ٢) النوع الثاني: كل جريمة ثبت تجريمها بالنص من القرآن أو السنة ولكن لم تحد عقوبتها بالنص تعتبر جريمة تعزيرية ويكون تقدير العقوبة من السلطة التشريعية الزمنية.

ومن هذه الجرائم، جريمة التجسس المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا^(١)﴾. وجريمة شهادة الزور المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿...فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْكَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّبْرِ^(٢)﴾ وجريمة غش المكاييل والموازين المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوا لَهُمْ أَوْ وَزَنُوا لَهُمْ يُخْسِرُونَ^(٣)﴾. وجريمة الغصب والنهب والسطب المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...^(٤)﴾ وجريمة الرشوة الثابتة بقول الرسول (ﷺ): (لعن الله الراشي والمرشي والراشي^(٥)).

وغير ذلك من سائر الجرائم الاخرى التي ثبتت بنص من القرآن الكريم أو السنة النبوية وترك تقدير عقوبتها لولي الامر بتعاون اهل الشورى واهل الحل والعقد.

٣) النوع الثالث: الجرائم المستحدثة وهي الجرائم التي لم يرد بشأنها نص لا لتجريمها ولا لعاقبها بل يقوم ولي الامر بتعاون اهل الشورى باستحداث هذه الجرائم وهي عبارة عن الافعال التي تضر بالمصالح العامة من الناحية الاخلاقية او الاقتصادية او الصحية او غيرها ومن هذا القبيل جرائم التهريب. وجرائم مخالفات نظام المرور وهذا النوع الثالث غير ثابت يختلف باختلاف تطور الحياة.

(١) سورة الحجرات / ١٢.

(٢) سورة الحجج / ٣٠.

(٣) سورة المطففين / ١، ٢، ٣.

(٤) سورة البقرة / ١٨٨.

(٥) سبل السلام / ١٦٤ / ٤.



الفصل التاسع

العلاقات التي تخضع للقانون العام

سبق ان بينا ان الفقه الإسلامي عالج هذه العلاقات ولكن حظها كان اقل من العلاقات الاخرى في المعاملات المالية والاحوال الشخصية والعبادات وذلك بسبب طبيعة نظام الحكم الذي تحولت من الجمهورية والشورى الى الوراثية والفردية. ومع ذلك هناك نصوص قرآنية اتت بمبادئ عامة واسس كلية بإمكان المجتهد ان يستنبط منها في كل عصر القواعد والأحكام التي تنظم هذه العلاقات وبصورة خاصة في العلاقات الدستورية والدولية بالاضافة الى أن هناك فقهاء من المسلمين قد ابدعوا في الأحكام التي تنظم العلاقات الدولية تحت عنوان (السلم) مثل محمد بن الحسن الشيباني وهو من اكبر اصحاب ابني حنيفة الذي كان له دور كبير في نشر هذا المذهب واكثر فقهاء القرن الثاني الهجري انتاجاً واخر الكتب التي ألفها الشيباني هو كتاب (السلم الكبير) وضمنه احكام العلاقات الدولية بين الدولة الإسلامية وبقية الدول في حالتها الحرب والسلم فتكلم عن اهل السلم واهل الحرب من المشركين وبين احكام الأسرى من الفريقين سواء كانوا رجالاً ام نساء صفاراً ام كباراً. واحكام الامان على اختلاف ضرويه والمستامين والرسل الذين كانوا يوفدون الى دار الإسلام من دار الحرب. والمصانعات التي يتمتعون بها، وغنائم الحرب، واحكام الصلح والتحكيم، واحكام الاراضي التي يستولي عليها اهل الحرب في الحرب، واهل الإسلام في الحرب، ونقض المعاهدات، وجرائم الحرب. هذا الى مئات من المسائل المتعلقة باهل الحرب وصلاتهم بالمسلمين في حالتها الحرب والسلم.

وقد اعتمد الشيباني في ذلك كله على القرآن الكريم او الاحاديث التي قيلت في حروب الرسول على اثر حوادث معينة وقعت، وعلى الأحكام التي وقعت اثناء حروب المسلمين وفتوحاتهم كما استخدم القياس في احيان كثيرة.

ومن هنا يبدو شأن هذا الكتاب في ناحية القانون الدولي الإسلامي وقد اعجب به هارون الرشيد عندما اطلع عليه وعده من مفاخر ايامه.

وزاد الاهتمام به في ايام الدولة العثمانية فترجم الى اللغة التركية في ايام السلطان محمود خان واتخذ اساساً لاحكام المجاهدين العثمانيين في حروبهم مع الدول الأوروبية. كما عنى به الكثيرون فشرحوه، واهم شرح له هو شرح المرخسي والجمال المصري.

وقد كان الشيباني بتأليفه في امور تتعلق بالقانون الدولي اسبق من غروسيوس الهولندي (١٥٨٣-١٦٤٥م) الذي عاش في القرن السابع عشر وسمى ابا القانون الدولي لانه بحث احكاماً خاصة بهذا القانون.

وقد اهتم المهنيون بالقانون الدولي بابرار دور الشيباني. في وضع اسس وقواعد القانون الدولي قبل رجال القانون بمنات السنين. واسست في (غوتنجن) بالمانيا جمعية الشيباني للحقوق الدولية وضمت علماء القانون الدولي في بلاد العالم^(١).

ومن كبار ائمة الفقه الإسلامي الذين عالجوا العلاقات الدولية في حالتي السلم والحرب ايضا الإمام الاوزاعي (٨٨-١٥٧هـ) وله مؤلف معروف باسم (كتاب سمي الاوزاعي) تناول فيه احكام الحرب ومايتعلق بها^(٢).

ونوزع دراسة الاحكام المحاضعة للقانون العام على خمسة مباحث نتناول في الاول احكام العلاقات الدولية، وفي الثاني الاحكام الدستورية، وفي الثالث احكام المالية العامة. وفي الرابع الاحكام الإدارية. ونقتم الموضوع بمبحث خامس لاحكام القضاء.

(١) راجع شرح كتاب السيد لمحمد بن الحسن الشيباني املاء محمد بن احمد المرخسي. تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ١٩٥٨، ج ١، ص ١١ ومابعدها.

(٢) محسن المساعي في مناقب الإمام أبي عمرو الاوزاعي تحقيق الامير شكيب ارسلان. الدكتور عبدالله الجبوري، مطبعة الارشاد، ج ١، ص ٧٧.

المبحث الأول أسس العلاقات الدولية

بنى الإسلام العلاقات بين الشعوب والامم على الاسس الستة الآتية:

الاساس الأول: وحدة النصب بين بني البشر

فقد نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على أن جميع أفراد الأسرة البشرية إخوة وأخوات من أب واحد وأم واحدة وشيمة الاخوة هي المساواة في التعامل والتعاون والتكاتف والتكافل للعيش الكريم على بساط كوكب الأرض لاستثمار خيرات هذا الكوكب مع عدم التمييز بالانفضلية بالنصب والوظيفة أو المركز السياسي أو الاجتماعي أو الإداري وإنما الانفضلية لمن يكون أقرب الى الله وأنفع للناس فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...﴾^(١).

الاساس الثاني: وحدة المعدن

نص القرآن الكريم في آيات متعددة على ان المعدن الذي خلق ويطلق منه الإنسان هو التراب والتراب متواضع يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة فعلى من يخلق من التراب أن يكون متواضعا مثله.

ومن البدهى ان كل فرد من أفراد الإنسان يتكون من عنصرين عنصر جيمع الرجل وعنصر بيضة الانثى وهذان العنصران يتكونان من المواد الغذائية التي

(١) سورة الحجرات / ١٣.

تتكون من التراب فإذا كل إنسان مخلوق من معدن التراب كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾^(١).

وقد أكد الرسول (ﷺ) هذين الأساسين في حجة الوداع فقال (كلكم من آدم من تراب لافضل لعربي على أعجمي ولابيض على اسود إلا بالتقوى) .

الاساس الثالث: وحدة الصانع

فكل انسان صانعه وخالقه واحد وهو الله عزوجل فالإنسان ليس كسلعة سوقية بعضها من صنع اليابان مثلاً فتفضل على السلعة المصنوعة من الصين مثلاً فمادام الصانع واحداً يكون المصنوع على درجة واحدة من الجودة والرداءة قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(٢).

الاساس الرابع: وحدة المصالح المشتركة

فالرسالات الالهية كلها اتت لتحقيق مصالح الإنسان وفي مقدمتها الرسالة المحمدية قال سبحانه وتعالى مخاطباً رسوله محمداً (ﷺ): ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ والرحمة هي المصلحة الإيجابية (المنفعة المستجبة) والسلبية (المفسدة المستدرة). سواء كانتا ماديتين أو معنويتين «ديويتين» أو أخرويتين وجميع مافي الارض من الكائنات الحية والمجمادات خلق كل ذلك لأجل مصلحة الإنسان وجميع خيرات الارض مشتركة بين أفراد الإنسان كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً...﴾^(٣) فللكل انسان أن يأخذ نصيبه من خيرات الارض والسماء حسب حاجته على أن لايتجاوز على نصيب غيره.

(١) سورة الروم / ٢١

(٢) سورة البقرة / ٢٥

(٣) سورة البقرة / ٢٩.

الأساس الخامس: وحدة المصير

فمصير الكل مفارقة الحياة وملاقاة الموت بدون تمييز بين القوي والضعيف فقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّقُونَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ...﴾^(١). وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا تَكُونُوا يَبْرِكُكُمْ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشِيدَةٍ...﴾^(٢).

الأساس السادس: وحدة المسؤولية

بالإضافة الى ما ذكرنا من مبررات عدم وجود الحصانة لأي انسان أيا كانت منزلته فان للمنصب أو الوظيفة في الإسلام ليس حقا ولا مركزا يتميز به من غيره، انما هو تكليف وتحميل للمسؤولية، فالمركز الذي يحتله أي مسؤول انما هو خدمة لغیره. وفي صحيح مسلم^(٣) (عن أبي ذر رضى الله عنه قال قلت يا رسول الله ألا تستعملني)^(٤) قال فغضب بيده على منكبي ثم قال يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها). لهذا الحديث الشريف أصل عظيم في إجتناّب المناصب والوظائف ولا سيما بالنسبة لمن كان فيه ضعف عن القيام بوظائف تلك المناصب لعدم كفايته وضعف أهليته.

^(١) سورة آل عمران / ١٨٥

^(٢) سورة النساء / ٧٨.

^(٣) صحيح مسلم ١٤٥٧/٢.

^(٤) أي توظفني وتعينني بمنصب

المبحث الثاني

أحكام العلاقات الدولية

الإسلام يأمر بان يكون تنظيم هذه العلاقات كما ذكرنا مبنيا على اساس الاخوة البشرية وبالتالي على أساس السلم والمحبة والوثام والتعاون والتضامن.

والإسلام يأمر بالتمسك بالسلم وعدم اللجوء الى استخدام القوة الا في حالات استثنائية ضرورية يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾^(١).

واللجوء الى استخدام القوة والحرب في تلك الحالات الاستثنائية يسمى جهاداً وقد حدد القرآن الكريم الاهداف والمبررات التي يجب الجهاد لاجلها. منها الدفاع عن العقيدة فقال تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ الطَّاغُوتِ فَقَاتِلُوا أَوْلِيَاءَ الشَّيْطَانِ إِنَّ كَيْدَ الشَّيْطَانِ كَانَ ضَعِيفاً﴾^(٢).

ومنها: مقاومة الفتنة وازالتها قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ...﴾^(٣)

ومنها حق الدفاع الشرعي عن النفس ومادون النفس والعرض والمال. فقال تعالى: ﴿...فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾^(٤).

مبادئ الإسلام التي تقيّد مشروعية الحرب:

- وضع الإسلام مبادئ انسانية وطلب رعايتها في الحرب ومنها ما يلي:
- ١- الوفاء بالعهود والمواثيق وتحريم القدر والحياة في الظاهر والباطن.

^(١) سورة البقرة / ٢٠٨

^(٢) سورة النساء / ٧٦

^(٣) سورة البقرة / ١٩٣

^(٤) سورة البقرة / ١٩٤

- ٢- احترام الإنسانية. وتكريم البشرية والدعوة الى الاخاء الشامل ايا كان الطرف المقابل.
- ٣- اعتبار الفضيلة والاخلاق اساس العلاقات الدولية في الحرب والسلم على حد سواء.
- ٤- الاخذ بالرحمة في الحالات التي تطلب الرحمة والعفو عند المقدرة.
- ٥- العدالة المطلقة وعدم التجاوز عن الحدود المطلوبة لتحقيق النصر او اللجوء الى التفاوض والسلم.

وصايا الحرب:

- هناك وصايا للمجاهدين المسلمين عليهم ان يتقيدوا بها منها واردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، ومنها اوصى بها الخلفاء الراشدون ومن هذه الوصايا: -
- أ- عدم التجاوز عن الحد المشروع قال تعالى: ﴿...فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.
 - ب - وقال الرسول (ﷺ): (لا تغدروا ولا تغلوا ولا تقتلوا وليدأ..... وستجدون رجالاً في الصوامع معتزلين للناس فلا تعرضوا لهم.... ولا تقتلن امرأة ولا صغيراً ولا كبيراً فانياً، ولا تحرقن غللاً، ولا تلعن شجراً، ولا تهدمن بيتاً) .
 - ج- وقال الخليفة الاول ابو بكر الصديق (رضي الله عنه) (ولا تحرقوا ولا تغدروا ولا تقتلوا طفلاً وشيخاً كبيراً. ولا امرأة ولا تلعنوا غللاً ولا تحرقوه، ولا تقطعوا شجرة مثمرة. ولا تذبحوا شاة ولا بقرة ولا بعيراً).
 - د- وقال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) (اني امرك^(١) ومن معك من الاجناد بتقوى الله على كل حال فان تقوى الله افضل العدة على العدو واقوى للمكيدة في الحرب وامرك ومن معك ان تكونوا اشد احتراساً من المعاصي منكم من عدوكم فان ذنوب الجيش اخوف عليهم من عدوهم. وانما ينصر المسلمون بمعصية عدوهم لله. ولولا

(١) يخاطب احد قادة الجيش.

ذلك لم تكن لنا بهم قوة لان عدونا ليس كعددهم ولاعدتنا كعدتهم فان استوتينا في المعصية كان لهم الفضل علينا في القوة).

هـ- وقال علي بن ابي طالب (عليه السلام) والدماء وسفكها بغير حلها فانه ليس شيء أدنى لنقمة، ولا أعظم لتبعية ولا أخرى يزوال نعمة من سفك الدماء بغير حقها فلا تقو سلطانك بسفك دم حرام، فان ذلك مما يضعفه ويوهنه بل يزيله وينقله^(١١).

معاملة اسرى الحرب:

أمر القرآن الكريم بحسن معاملة الاسرى في حالة الاسر وعدم اهانتهم او تعذيبهم او تجويعهم، وحدد مصير الاسير بفكه من الاسر إمّا متّاً (اي بدون مقابل) وإمّا فداء بمقابل وغالبا يكون هذه المقابلة بتبادل الاسرى.

فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْنَتُمُوهُمْ فَشَرُّوا الرِّقَابَ فَأِمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا...﴾^(١٢).

وقال سبحانه وتعالى في بيان الابرار من بني البشر وعد اوصافهم: ﴿وَيُطْعَمُونَ الْطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾^(١٣).

اي ان الابرار الذين يقدمون الطعام الى المسكين واليتيم والاسير على الرضخ من حبهم لهذا الطعام وحاجتهم اليه فبرهم يدفعهم الى روح الايثار وتفضيل هؤلاء على انفسهم.

وبناء على ذلك فإن الإسلام يأمر بان يعامل الاسير معاملة حسنة اثناء الاسر كما يأمر باخلاء سبيله واعادته الى اهله وبلده إمّا متّاً وإمّا بمقابل، وقُدّم المن على الفداء. تشجيعا على اختياره وتفضيله على الفداء..

(١١) المزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا لفلسفة الشريعة.

(١٢) سورة محمد ٤/.

(١٣) سورة الانسان ٨/

ايكاف الحرب واللجوء الى السلم:

امر القرآن الكريم قادة جيش المسلمين بان يقبلوا فوراً طلب العدو ايكلف القتال واللجوء الى السلم في حل المسألة التي قامت الحرب لاجلها فقال القرآن الكريم: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾^(١).

الدبلوماسية في الإسلام:

الدبلوماسية هو الرسول الذي يتابع اخبار الذي بعثه. والسفير هو الرسول والمصلح بين القوم. وقد استعمل كلا المصطلحين للموفد الدبلوماسي وغلب معنى الاصلاح والوساطة في استعمال كلمة (السفير) وورد في القرآن الكريم هذا المصطلح فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَأْتِيهِمْ سَفَرَةٌ كَإِذَا يَمُوتُونَ﴾ وسفرة جميع سفير.

وقد بعث الرسول (ﷺ) عددا من الرسل والموفدين الى ملوك البلاد المجاورة كالتجاشي ملك الحبشة والمقوقس ملك مصر، وكسرى ملك فارس، وهرقل امبراطور الروم، وحملوا اليهم كتباً مصدرة بشعار (سلام على من اتبع الهدى) يدعوهم فيها النبي الى الإسلام.

وكذلك بعث النبي (ﷺ) الى بعض رؤساء القبائل العربية ومنهم المنذر بن سارى ملك البحرين. وجعفر الجثندي ملك عمان وكانت اكثر الاجوبة ايجابية من قبل الملوك ورؤساء القبائل. وكذلك ارسل الخلفاء كتباً وبعثات دبلوماسية بمثابة في أيام الخلفاء الراشدين والامويين والعباسيين.

الحصانات الدبلوماسية:

الإسلام اقر الحصانة للممثلين الدبلوماسيين على لسان نبيه (ﷺ) وكان النموذج لهذه الحصانة قال النبي لرسولي مبيعة الكذاب (لولا ان الرسل لا تقتل لضربت اعناقكم).

^(١) سورة الانفال/٦١.

وسنة الحصانة الدبلوماسية اتبعها اصحاب الرسول وخلفاؤه والمسلمون في العصور الإسلامية الاولى كما في الوقت الحاضر^(١).

حرمة المعاهدات في الإسلام:

امر القرآن الكريم بالوفاء بالالتزامات التي تترتب على المعاهدة اذا كانت صحيحة مستوفية لشروطها الشرعية ويحرم الاخلال بها ما لم يسبق الى هذا الاخلال الطرف الآخر للمعاهدة.

فقال القرآن الكريم ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا...﴾^(٢)
وقال ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾^(٣) وأمر القرآن الكريم بالالتزامات المترتبة على هذه المعاهدة.

فقال القرآن الكريم ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا الْإَيْمَانَ عَنْهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾^(٤).
وقد تم عقد معاهدات في عهد الرسالة ومنها:-

أ- الوثيقة التي كتبها النبي (ﷺ) في المدينة في اوائل ايام هجرته اليها وهي كتاب بين المؤمنين من المهاجرين المكيين والانصار اليهود من جهة وبين اليهود من جهة ثانية وبموجب ذلك اقر اليهود على دينهم واموالهم واشترط لهم وعليهم ماتضمنته تلك الوثيقة.

وقد اقرت لهم حرية العقيدة والرأي. وحرمة النفس والحياة (الحرية الشخصية) وحرمة المال (حرية الملكية الشخصية) وغيرها من الحقوق والحريات الاخرى.

^(١) لمزيد من التفصيل راجع الدكتور صبيح عمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الاسلام. طبعة بيروت، ص ١٣٧ وما بعدها.

^(٢) سورة الاسراء / ٣٤

^(٣) سورة النحل / ٩١

^(٤) سورة التوبة / ٤

ب- ومن معاهدات النبي أيضا صلح الحديبية الذي عقد بينه وبين قبيلة قريش في مكة في السنة السادسة للهجرة (٦٢٨م) وهي معاهدة تحالف على عدم الاعتداء بين مسلمي المدينة ومشركي مكة. وهذه المعاهدة تعتبر كسابقة لجواز عقد المعاهدات مع غير المسلمين لمدة محددة، كما كانت اعترافا رسميا من جانب المكيين بالدولة الفتية الإسلامية في المدينة. وكانت مدتها في الاصل عشر سنوات ولكن انتهت بعد مضي سنتين بنقضها من قبل قريش^(١).

^(١) ويوجد نص هذه المعاهدات في سيرة ابن هشام. وفي حياة محمد لهيكل ص/٢٦٢، ٢٦١. وتناولها بالبحث الاستاذ صبحي محصاني في المرجع السابق ص-١٤.

المبحث الثالث

الأحكام الدستورية

المقصود من الأحكام الدستورية هو مجموعة القواعد الأساسية العامة التي تحدد طبيعة الحكم في الدولة وترسم قواعد فيها. وتضع الضمانات لحقوق الافراء وتوضّع مدى سلطاتها عليهم، وتنظّم سلطاتها العامة واختصاصات هذه السلطات. والقرآن الكريم، لم يحدد طبيعة نظام الحكم بل ترك ذلك للمتطلبات الحياة مع مراعاة المصالح العليا في كل وقت. ولكن أكد ضرورة بناء الدولة على أربعة أسس رئيسة.

الأساس الأول: الشورى واهلية القائد

قال سبحانه وتعالى وهو مخاطب رسوله:- ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْلَمْ أَنَّكُمْ فِي الْأَمْرِ إِذًا حَزَمْتُمْ فَمَن يَكُنْ عَلَى اللَّهِ إِذًا لَّيْلَةً يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ^(١)﴾. وتُستنبط من هذه الآية الكريمة الأحكام الآتية:-

لأولاً- على قادة الأمة ان يقتدوا بسيدنا محمد (ﷺ) وان يتصفوا بهذه الصفات القيادية قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ... ^(٢)﴾. ثانياً- ان حسن الخلق للقائد وغيره هبة ودرجة من الله ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ ... ^(٣)﴾

ثالثاً- اللفظ هو الإنسان الذي يكون سيء الخلق. وأما غليظ القلب فهو الذي لا

^(١) صورة آل عمران / ١٥٩.

^(٢) صورة الاحزاب / ٢١.

^(٣) صورة آل عمران / ١٥٩.

يتأخر بشيء. فقد لا يكون الإتقان سيء الخلق لاحتد ولا يرق لهم ولا يرحمهم.

فالقائد يجب ان لا يتصف بأية واحدة من هاتين الصلتين، لانهما تتعارضان مع الوظيفة الإدارية.

ولمعا - يجب في القائد ان تتغلب فيه صفة العفو، لأن الغرض من العقاب هو الإصلاح فإدام هناك بصيص من الأمل في الإصلاح عن طريق العفو فيجب الكف عن اللجوء الى العقاب.

قال تعالى في وصف المؤمنين: ﴿الَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاهِلِ وَالنَّفِيسِ وَالْعَافِيَةِ مِنَ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^(١).

خلاصاً - هذه الآية تدل على ان سيدنا محمداً (ﷺ) كان مأموراً بالاجتهاد في غياب الرعي، وان الاجتهاد يتقوى بالمناظرة والمباحثة فلهذا كان مأموراً بالمشاورة.

سابعاً - إذا كان النبي (ﷺ) وهو المختار لآخر الرسالة من رسالات السماء ملزماً بأن يلجأ الى المشاورة وان لا يصنع أي قرار بآرائه المنفردة، فان غوه من قادة الأمة عليهم من باب أولى عدم صنع القرار بالارادة المنفردة^(٢).

سابعاً - إذا تم الرأي واتخذ القرار بالمشاورة فلا يجب ان يقع الاعتماد عليه فحسب، بل يجب التوكل على الله وإعانتته أيضاً.

ثامناً - ليس التوكل ان يهمل الإنسان نفسه والآ كان الأمر بالمشاورة منافياً للأمر بالتوكل، بل التوكل هو أن يرعى الإنسان الأسباب الظاهرة ويعتمد بقلبه على الله.

الاساس الثاني: العدل

العدل هو اعطاء كل شخص ما يستحقه فاذا اعطى الاكثر في المكافاة مثلاً او عوقب بالاقل كما في الجريمة تسمى الزيادة او النقصان احساناً كما قال تعالى: ﴿إِنَّ

^(١) سورة آل عمران/١٣٤.

^(٢) لمزيد من التفصيل راجع فقه الغر الرائي المعروف بالفقه الكبير ومفاتيح الغيب للإمام محمد الرانزي ٩/٦٢ وما بعدها.

اللَّهُ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...^(١) وقد سمي بعض علماء القانون الفرق المذكور عدالة وهذا خطأ لأن العدل مصدر والعدالة حاصل المصدر فمن حيث المعنى لا يختلفان لوحدة مادتتهما (ع، ل).

العدل أساس رئيس في كل حكم، أياً كانت طبيعته، وقد نص على هذه الحقيقة القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَبِيحاً نَبِيحاً^(٢)﴾.

وتدل هذه الآية الكريمة على أن الامانة هي كل واجب على الإنسان يكون ملزماً بأدائه تجاه ربه ونفسه وغيره^(٣). ورعاية الامانة مع ربه هي فعل مامر به الله وترك مانهاه عنه. واما امانة الإنسان مع نفسه فهي ان لا يبتار لها الاماهو الانفع والاصلح له في الدين والدنيا وان لا يقدم بدافع من الشهوة او الغضب على ما يضره. والامانة تجاه غيره: هي ما يجب ان يقوم به تجاهه من القيام بفعل نافع والامتناع عن فعل ضار.

وتولي مسؤولية قيادة الامة امانة بزمة القائد والإمام (رئيس الدولة) فعليه ان يؤدي هذه الامانة ملتزمة بالعدل والاحسان كما يقول القرآن ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...﴾ وان يكون عادلا في كل ما يقوله ويامر به. كما يطلبه القرآن ﴿...وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ...﴾^(٤). وان تكون تصرفاته عادلة حتى مع الاعداء كما يأمر به القرآن ﴿...وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَتَانُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ...﴾^(٥).

(١) اهل ٩٠\.

(٢) سورة النساء/ ٥٨.

(٣) نفسه الرازي المرجع السابق / ١٠ / ١٤٥ وما بعدها.

(٤) سورة النحل / ٩٠.

(٥) سورة الانعام / ١٥٢.

(٦) سورة المائدة / ٨.

الأساس الثالث: المساواة

وهو عبارة عن التوازن بين حقوق الفرد والتزاماته، بحيث لا تزيد احدهما على الأخرى، رعاية المساواة من أهم ركائز استقرار كل حكم، سواء أكان إسلامياً أم غير إسلامي، لأن المساواة من الحقوق الطبيعية، وهي تلازم آدمية الإنسان. فتمتصها سنة الحياة فكل خلل في هذه الركيزة تنعكس آثارها السلبية ومردودها السيء. على الفرد والمجتمع والحكم نفسه.

وأساس المساواة في نظر الإسلام هو رابطة النسب والتلاقي في أصل واحد بالإضافة إلى الروابط الأخرى.

فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...﴾^(١). وأكد هذه الحقيقة الرسول (ﷺ) في قوله (الناس سواسية كأسنان المشط). أي يا أيها المختلفون اجناساً وألواناً، المتفرقون شعوباً وقبائل، إنكم من أصل واحد، فلا تقتلوا ولا تتفرقوا. والذي يناديكم هو ربكم وخالقكم من ذكر وأنثى وهو يطلعكم على الغاية من جعلكم شعوباً وقبائل. أنها ليست التنافر والحصام إنما هي التعارف والتعاون والوئام. فاما اختلاف اللسنة والالوان واختلاف الطبائع واختلاف المواهب والاستعدادات فتنوع لا يقتضي النزاع والشقاق بل يتطلب التعاون للنهوض بجميع التكاليف والوفاء بجميع الحاجات وليس للون والجنس واللغة والاقليم وسائر مثل هذه المعاني حساب في ميزان الله. إنما هناك ميزان واحد تتحدد به القيم ويعرف به فضل الناس ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾. وهكذا تتوارى جميع أسباب النزاع والحصومات في الأرض وترخص جميع الماديّات التي يتكالب عليها ويظهر سبب مهم واضح لللفة والتعاون وهو، ألوهية الله للجميع وخلقه من أصل واحد^(٢).

(١) سورة الحجرات/١٣.

(٢) انظر سيد قطب / هلال القرآن / ١٤٣/٢٦.

الأساس الرابع: الحرية

اعترف الإسلام للفرد بحرياته وحقوقه، ومن هذه الحريات والحقوق:

(أ) حق الملكية الفردية، وكفَّله بأحكام متعددة منها تحريم الاعتداء على هذا الحق في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾^(١). ومنها تقرير عقوبة شديدة على السرقات فقال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٢).

ولكن الإسلام لم يجعل حق الملكية حقا مطلقا كما بينا ذلك في محله

(ب) حرية الرأي: فمن الأمور الدينية غير ذات الصبغة الدينية للفرد الحرية في أن يبدي من الآراء ما يشاء ولكن دون عدوان (أي دون أن يكون قاذفا أو سببا أو داعيا إلى الفتنة والفوضى). فقد قال سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ...﴾^(٣).

وأما في الأمور ذات الصبغة الدينية فإن لكل من تتوفر فيه شروط الاجتهاد في كل مسألة لم يرد بشأنها نص يدل على حكمها دلالة قطعية أن يستهد ويبدي رأيه فيها.

(ج) حرية العقيدة: كفل الإسلام أيضا حرية العقيدة الدينية في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾^(٤).

ومنها قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ...﴾^(٥) وكذلك نجد في القرآن الكريم آيات كثيرة تحث الفرد على أن تكون عقيدته نابعة عن الاستدلال عن طريق النظر والتأمل لا عن طريق مجرد المحاكاة وتقليد الآبوين أو غيرهما.

(١) سورة النساء/٢٩.

(٢) سورة المائدة/٣٨.

(٣) سورة النساء/١٤٨.

(٤) سورة يونس/٩٩.

(٥) سورة البقرة/٢٥٦.

المبحث الرابع الأحكام الإدارية

لم يحدد الإسلام طبيعة الواردات والمرافق العامة للدولة وإنما ترك ذلك لتنظيم العقل السليم في ضوء متطلبات الحياة المتطورة ورعاية المصالح العليا للامة في كل زمان ومكان.

وقد قرر فقهاء المسلمين ان رئيس الدولة هو مستودع السلطة التنفيذية فهو الذي يمارسها بصورة مباشرة وغير مباشرة بحكم مسؤوليته عن الرعاية أمام الله وأمام الناس.

وعليه الاستعانة بغيره من ذوي الاختصاص واصحاب الخبرة والكفاءة كل في حقل عمله واختصاصه.

ويتكون جهاز السلطة التنفيذية من رئيس الدولة ومن هؤلاء المعاونين الإداريين في كافة المرافق العامة.

وللإمام (رئيس الدولة) صلاحيات دينية وديونية (سياسية).

أولاً - الصلاحيات الدينية:

١- حفظ الدين: عليه تأمين كافة متطلبات التعليم ونشر مبادئه ورقابة الاستمسالك به ومحاسبة كل من يخرج عليها.

٢- الجهاد في سبيل الله والدفاع عن الامة الإسلامية كلما تعرضت لخطر الاعداء والدعوة الى الإسلام بالحكمة والموعظة الحسنة والوسائل السلمية.

٣- رعاية الشرع والعدل في جباية الأموال من موارد الدولة وصرفها في مصارفها الشرعية.

٤- السهر الدائم على اقامة الشعائر الدينية والعمل على انشاء امكنة العبادات وتأمين من يتولى مسؤولية هذه الامكنة من حيث اداء الشعائر الدينية فيها ومن حيث الادامة والصيانة، وكذلك الاهتمام بالمرافق العامة للدولة والمؤسسات الصحية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها من مستلزمات الحياة العامة.

ثانياً - الصلاحيات الدنيوية (السياسية) :

- ١- الاشراف على الشؤون العامة للدولة يقول الماوردي (على الخليفة ان يباشر بنفسه مشاركة الامور وتصفح الاحوال لينهض بسياسة الامة وحراسة الملة ولا يُعول على التفويض).
- ٢- الدفاع عن الدولة في مواجهة الاعداء باعداد الجيش وتحصين الثغور وتأمين القوة وتهينة المعدات والمؤن وسائر المتطلبات العسكرية.
- ٣- المحافظة على امن الدولة والنظام العام.
- ٤- الاشراف على اقامة العدل بين الناس.
- ٥- الاشراف على الادارة المالية.
- ٦- اختيار اعوانه على الاسس السليمة عن تتوفر فيهم الكفاءة والحرية والاخلاص والشعور بالمسؤولية^(١).

الولاية وسلطاتها :

قسّم أبو يعلى في (الأحكام السلطانية^(٢)) الولاية بحسب سلطاتهم وصلاحياتهم الى الاقسام الاربعة الآتية:-

- ١- ولا تكون ولايتهم عامة في الاعمال العامة وهم الوزراء لانهم مستتابون من قبل الخليفة (رئيس الدولة) في جميع الامور من غير تحديد.

^(١) للمزيد من التفصيل راجع / الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي (ابن الحسن علي بن محمد حبيب المتوفى (٤٥٠ هـ) الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ١٥ ومابعدها. الأحكام السلطانية للقاضي ابي يعلى (محمد بن الحسين الفراء الحنبلي) المتوفى (٤٥٨ هـ) الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٣٧-٣٨.

^(٢) راجع الأحكام السلطانية لابن يعلى الفراء الحنبلي ص ٣٨ ومابعدها.

٢- ولا تكون ولايتهم عامة في كل الدولة ولكنها في اعمال خاصة وهم الامراء الموزعون على اقليم الدولة واختصاصهم عامة ولكن ممارستها من كل واحد منهم محصورة في الاقليم الذي يتولى ادارة شؤونه ويقابلهم في الوقت الحاضر (المحافظون) تقريبا.

٣- ولا تكون ولايتهم خاصة في اعمال خاصة معينة من الاعمال العامة التي تقص كل الامة مثل قاضي القضاء ويقابله اليوم وزير العدل. ونقيب الجيش ويقابله وزير الدفاع تقريبا. ومسؤول المالية العامة من حيث الجباية والمصارف ويقابله وزير المالية.

٤- ولا تكون ولايتهم خاصة في اعمال خاصة في منطقة خاصة مثل القاضي يمارس القضاء فقط في منطقة صلاحيته وليس له ذلك في منطقة أخرى او في بلد اخر. ومسؤول جباية موارد الدولة في بلد خاص او اقليم معين من أقاليم الدولة. ومدير الشرطة لاقليم معين كالمحافظة في الوقت الحاضر.

الوزارة:

كانت الوزارة اهم مناصب الدولة في عهد الخلفاء بعد منصب الخلافة (رئاسة الدولة الإسلامية) يقول ابن خلدون في مقدمته: (الوزارة ام المخطط السلطانية والرتب الملكية، لأن اسمها يدل على مطلق الاعانة. فان الوزارة مأخوذة اما من الموازنة، وهي للمعونة، او من الوزر وهو الثقل، لأن الوزير يحمل اوزار اتقال الخليفة (رئيس الدولة).

نشأة الوزارة:

يرى البعض ان الوزير هو فارسي مأخوذ الأصل من الفرس ولكنه ورد في القرآن الكريم على لسان سيدنا موسى (عليه السلام) في قوله تعالى: ﴿وَأَجْعَلْ لِّي زَئِيرًا مِّنْ أَهْلِي هَارُونَ أَخِي أَشَدُّ بِهِ أَزْوَاجًا وَأَشْرَكُهُ فِي أَمْرِي﴾^(١).

وقال الرسول (ﷺ) (إذا أراد الله بعبد خيراً جعل له وزير صلق أن ذكر أعلانه وإن نسي ذكره. وإذا لم يرد به خيراً جعل له وزير سوء أن نسي لم يذكره، وإن ذكر لم يُعنه).
وكان كبار اصحاب رسول الله (ﷺ) يقومون بمهام الوزير يستشير بهم في القضايا الدينية والاجتهادية يقدمون له العون في ادارة شؤون الدولة الإسلامية.
كما ان نظام الولاية ايضا بدأ في عهد الرسالة فارسل العمال الى الاقاليم الخاضعة للحكم الإسلامي آنذاك.

وقد اهتم فقهاء المسلمين بصياغة وضبط احكام الوزارة ومنهم الشعالبي وابن طباطبا. والماوردي، وابو يعلى الفراء وتناول هذان الاخيان انواع الوزارة وصلاحياتها كل في كتابه للمسمى ب (الأحكام السلطانية^(١)).

انواع الوزارة:

قسم الماوردي والفراء الوزارة في الدولة الإسلامية الى نوعين:
وزارة التفويض، ووزارة التنفيذ.

اولاً: وزارة التفويض:

وزارة التفويض هي ان يستوزر الإمام (رئيس الدولة) من يفوض اليه تدبير الامور برأيه وامضاله والتصرف باجتهاده وكانت اشمل الولايات على الاطلاق وكان وزير التفويض يملك كافة صلاحيات الخليفة باستثناء ثلاثة منها وهي:-

١- ولاية العهد فكانت صلاحية تعيين ولي العهد من اختصاص الخليفة.

٢- وكان من اختصاص الخليفة ان يستعفي الامة من الإمامة.

٣- اعفاء الوزير من منصبه.

ولسعة صلاحيات وزير التفويض اشترط ان تتوفر فيه شروط الإمامة (رئاسة الدولة). بل كان يشترط في وزير التفويض شرط زائد على شروط الإمامة وهو ان

^(١) راجع الأحكام السلطانية للماوردي الباب الثاني تقليد الوزارة ص ٢٢-٢٩. الأحكام السلطانية للقايسي ابي يعلى الفراء ص ٢٩ وما بعدها.

يكون من اهل الكفاية فيما وكل اليه من شؤون الحرب والمالية وله خبرة مفصلة في هذه الامور^(١).

طبيعة التعاون بين الإمام ووزير التفويض:

يمكن تلخيص هذا التعاون فيما يلي:

- ١- كان على وزير التفويض متابعة الإمام (رئيس الدولة) في كل ما يحضيه من تدبير وما ينفذه من ولاية وتقليد، لئلا ينتهي به الامر الى الاستبداد بالسلطة.
- ٢- كان على الخليفة ان يتفحص افعال الوزير وتدبيره للأمور- ليقر منها ما كان موافقاً للصواب ويستدرك ما كان مخالفاً^(٢).

ثانياً: وزارة التنفيذ:

كانت هذه الوزارة اقل صلاحية من وزارة التفويض لان دوزير التنفيذ - كما يفهم من الاسم- يقتصر على تنفيذ ما يأمر به الخليفة فهو لا يتصرف برأيه واجتهاده كما كان يعمل ذلك وزير التفويض.

الموازنة بين وزارتي التفويض والتنفيذ:

تتميز وزارة التفويض من التنفيذ بالصلاحيات الآتية:-

- ١- لوزير التفويض مباشرة الحكم والنظر في المظالم وليس لوزير التنفيذ ذلك.
- ٢- لوزير التفويض ان يستبد بتقليد الولاكولم يكن لوزير التنفيذ ذلك.
- ٣- لوزير التفويض التصرف في اموال بيت المال (الخزانة العامة) بقبض ما يستحق له وبدفع ما يجب فيه وليس لوزير التنفيذ هذه الصلاحية.
- ٤- لوزير التفويض ان ينفرد بتسيير امور الجيش وتدبير شؤون الحرب ولم يتمتع وزير التنفيذ بتلك الصلاحية.

شروط التعيين لمنصب وزارة التنفيذ:

يشترط ان يتوفر في من يتولى وزارة التنفيذ الشروط الآتية:-

(١) الاحكام السلطانية للسوردي ص٢٢.

(٢) الاحكام السلطانية للقاخي ابي يعلى الفراء ص٢٩-٣٠.

- ١- الأمانة: حتى لا يفنون فيما أؤمن عليه.
- ٢- صدق الكلام: حتى يوثق مخبره فيما يزديه، ويقول على قوله فيما ينهيه.
- ٣- كونه شخصا مرغويا فيه لدى أبناء الأمة.
- ٤- الذكاء والفطنة حتى لا تدلس عليه الأمور.
- ٥- عدم خضوعه لهواه حتى لا يخرج به الهوى من الحق إلى الباطل^(١).

الدواوين:

لما توسعت رقعة الدولة الإسلامية عُيِّن في كل إقليم عامل (وال) وكان يتولى إدارة الشؤون الدينية. والقضائية، والعسكرية، والمالية. فظهرت الحاجة الماسة إلى إنشاء الدواوين التي هي بمثابة المرافق العامة في هذا العصر وحددت اختصاصها كالآتي:-

(أ) ديوان الجيش: كان الجهاد واجبا على كل ذكر يستطيع حمل السلاح والدفاع عن الحق والدين مسؤولا عن تنظيم وتأمين المؤن والمعدات العسكرية. وانتهاء الخدمة في الجيش وتعويض مايفوت من السلاح والمعدات ونفقات السفر، ونفقات الشهداء.. وغير ذلك مما يتعلق بالقضايا العسكرية.

(ب) ديوان الخراج: كان لهذا الديوان فروع كل فرع يتولى مسؤولية جباية الخراج وهي مستقلة ولكن في العهدين الأموي والعباسي أصبح ديوان الخراج ثابتا في مركز الخلافة (العاصمة) وهو يدير مالية الدولة كلها ويتولى الإدارة المالية المركزية.

(ج) ديوان البريد: يعتبر معاوية أول من أنشأ في الدولة الإسلامية نظام البريد. وكان في أول الأمر خاصا بريد الدولة ثم عمم وأبيح للشعب استعماله في رسائلهم.

(١) المرجع السابق.

وسائل نقل البريد:

كانت الوسائل تقتصر على الطرق الآتية:-

- ١- طريقة استعمال الخيول لنقل البريد.
- ٢- طريقة عربات قهرها الخيول في حالات الطوارئ، وفي القضايا العسكرية خاصة.
- ٣- الحمام الزاجل (البريد الجوي).
- ٤- ديوان البريد يتولى مهمة تعيين الموظفين والعمال في الدولة ويشبه مجلس الخدمة في هذا العصر.

نظام الحسبة:

الحسبة هي الأمر بالمعروف أي ما ينفع الفرد والمجتمع. والنهي عن المنكر أي عما يضر الفرد والمجتمع. والحسبة في الإسلام فرض كفاية تجب على المجموع بحكم القرآن الكريم والسنة النبوية:

أ/ القرآن: من الآيات الأمر بتطبيق نظام الحسبة قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ^(١)﴾.

ب/ السنة النبوية: - من أقوال الرسول (ﷺ) الداعية الى تطبيق الحسبة قوله (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان).
وقوله (بئس القوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر).



الفصل العاشر

القضاء ووسائل الإثبات

القضاء: هو الحكم بين الناس بالحق^(١).

اهتم الإسلام بالقضاء من حيث التنظيم والتطبيق منذ عهد الرسالة، لأنه أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها ذكراً، به الدماء تعصم ولا تسفح، والأبضاع تُحرم وتُنكح والأموال تُثبت...

وقال المفسرون إن المقصود بالحكمة في قوله تعالى: ﴿...وَأَتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابَ^(٢)﴾ هو علم القضاء..

وقد باشر الرسول (ﷺ) القضاء بنفسه وأمر أصحابه به وأرسل بعضهم قضاء إلى الأقاليم الخاضعة للحكم الإسلامي وخصص فقهاء المسلمين على اختلاف المذاهب كل في مذهبه كتاباً أو باباً مستقلاً لدراسة القضاء من حيث آدابه وواجبات القاضي وشروط صحة توليه لمنصب القضاء..

وكذلك اهتم الفقهاء بادلة الإثبات بعد القضاء مباشرة لوجود الصلة بينهما.

ونفرد دراسة كل من القضاء وادلة الإثبات بمبحث مستقل لزيادة الإيضاح والفائدة.

^(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤٠٧٨/٦

^(٢) سورة ص ٢٠/

المبحث الأول

القضاء

يتناول هذا المبحث: مشروعية القضاء وحكمه وشروط القاضي وآداب القضاء.

مشروعية القضاء:

ثبتت مشروعية القضاء بالقرآن والسنة النبوية والامجاع.

أ- القرآن: تناولت آيات كثيرة في القرآن الكريم القضاء واحكامه ومنها قوله تعالى:

﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ...﴾^(١)

ب- السنة النبوية: باشر الرسول (ﷺ) بنفسه القضاء فلقضى في خصومات الناس

كثيرا وشجع اصحابه على القضاء وقال: (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله اجران

وإذا اجتهد فأخطأ فله اجر^(٢)).

واتبع نهج الرسول الكريم في الاهتمام بالقضاء خلفاؤه وأصحابه وأئمة الفقه.

ج- الامجاع: اجمع فقهاء المسلمين في كل عصر على ان القضاء ضرورة من ضروريات

تنظيم الحياة.

حكم القضاء:

القضاء بالنظر الى ذاته واهميته في الحياة جعله الإسلام فرض كفاية أي واجبا على

المجموع من افراد الامة، فاذا قام به بعضهم سقط التكليف عن الكل. اما بالنسبة

لمن يتولي القضاء فله احكام ثلاثة:

أ- حرام لمن لم تتوفر فيه اهلية القضاء وشروط مباشرته.

^(١) سورة المائدة / ٤٩.

^(٢) سبل السلام ١٥٥/٤.

ب- جائز لمن تتوفر فيه الشروط والمؤهلات في منطقتة ووجود الآخرون تتوفر فيهم أهلية القضاء..

ج- فرض عين على من لا يوجد غيره ممن يكون أهلاً للقضاء..

شروط القاضي:

اختلف فيها الفقهاء وأختصرها ابن قدامة^(١) في ثلاثة وهي:

١- الكمال

٢- العدالة

٣- أهلية الاجتهاد

وشروط الاجتهاد قال به كثير من الفقهاء منهم الإمام مالك والشافعي والإمام أحمد قياساً على المفتي، لأن المفتي لا يميز أن يكون عامياً مقلداً، فكذلك القاضي يجب أن لا يكون كذلك من باب أولى، لأن قراره افتاء والزام، بخلاف الافتاء فلا الزام فيه^(٢). ويرى أبو حنيفة وأصحابه: أن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً، بل يكفي أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى أقوال الفقهاء^(٣).

آداب القضاء:

نُصَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته التي بعثها إلى أبي موسى الأشعري آداب وإيجابيات القضاء، وهذا هو نص الرسالة^(٤).

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا من عبدالله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إلى أبي موسى الأشعري.
سلام عليك..

^(١) للمفتي ٤٠/٩.

^(٢) للمفتي المربع السابق / الرملي نهاية المحتاج ٢٣٦/٨.

^(٣) البيهقي في الكمال ٤٠٧٩/٩.

^(٤) هذه الرسالة وردت نصها في كثير من المراجع مع بعض الاختلافات في عباراتها.

أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر، فانهم إذا أدلى إليك الرجل الحجة، فاقض إذا فهمت وامض إذا قضيت، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآسى بين الناس في وجهك وعدلك وجلستك وقضائك، حتى لا يطمع شريف (قوي) في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك.

البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، والصالح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً. ومن ادّعى حقاً غائباً أو يئنة، فاضرب له أمداً ينتهي إليه. فإن احضر بينته أخذت له بمقه. وإلا وجهت القضاء عليه، فإن ذلك أبلغ للعذر. ولا يمنعك قضاء قضيت بالأمس فراجعت فيه عقلك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع إلى الحق. فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التصادي في الباطل. الفهم الفهم فيما يحتاج في صدوك مما ليس في كتاب الله وسنة رسول الله. ثم اعرف الأشياء والأمثال. وقس الأمور عند ذلك. واعمد إلى أقربها إلى الله واشبهها بالحق.

المسلمون عدولٌ بعضهم على بعض، إلا مجلوداً في حدٍّ أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيماً في ولاء أو نسب أو قرابة، فإن الله تولى منكم السرائر وأدرك منكم بالبينات والإيمان الشبهات. وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس عند الخصومة والتنكر عند الخصومات فإن القضاء عند مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر^(١).

وقد استنتج الفقيه الحنفي المعروف بالكاساني من هذه الرسالة آداب وواجبات القاضي أهمها ما يلي:

١- أن يكون فاهماً للخصومة المعروضة عليه فيتابع أقوال الخصم ويستمع إليهم ليصل إلى الحق والصواب.

٢- أن يكون مرتاح البال والنفس لا قلق ولا ضجر حتى لا ينشغل عن متابعة أحداث القضية وسماع حجج المتخاصمين.

٣- أن لا يكون غضباناً.

^(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٩/ ٤٠٩٣، وما بعدها.

- ٤- أن يسوي بين المحصنين في الجلوس والقيام دون تمييز.
- ٥- أن يسوي بينهما في المعاملة والشدة واللين.
- ٦- أن لا يسمع من أحدهما ما يصره إليه دون علم الآخر.
- ٧- أن لا يقبل الهدايا، لأنها رشوة.
- ٨- أن لا يلقن الشهادة ولا يلقن المحصنين.
- ٩- التأكد من عدالة الشهود.
- ١٠- أن يتخذ كاتباً لتسجيل الدعاوي والبيّنات والقرارات.
- ١١- أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجهله من الأحكام.
- ١٢- أن يكون له ترجمان لجواز أن يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدعى والمدعى عليه والشهود.

المبحث الثاني وسائل الإثبات

ميدان وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير مما هو في الفقه الغربي والقانون الوضعي، لأن الأساس في نظر هذا الفقه، فيما عدا جرائم الحدود والقصاص، هو فراسة القاضي وقناعته.

ولذلك فإن طرق الإثبات في الفقه الإسلامي كثيرة متنوعة وقد بحث منها ابن القيم المجوزية في كتابه (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية)، خمساً وعشرين طريقة، وأضاف إليها ابن فرحون طرقاً أخرى في كتابه (تبصرة الحكماء في أصول الأقضية ومناهج الأحكام).

والى جانب ذلك فإن الفقه الإسلامي يتميز من الفقه الغربي والقانون بدقة التفريد وتقسيم الحقوق التي يطالب بها أمام القضاء إلى حقوق الله المحضة ويقابلها في القانون الحقوق العامة. وإلى حقوق الفرد ويقابلها الحقوق الخاصة ثم قسم كل منهما إلى أنواع من حيث الأهمية والخطورة، فهناك حق يثبت بدليل من وسائل الإثبات ولا يثبت بدليل آخر منها، وهناك دليل يصلح لإثبات حق ولا يصلح لحق آخر، وهذا المطلب يتضمن نماذج من هذه الحقوق وأدلة الإثبات.

الحقوق:

قال فقهاء المسلمين^(١): الحقوق باعتبار ما يقبل فيها من الشهود قسمان: حق الله (الحق العام) وحق الآدمي (الحق الخاص).

^(١) لمزيد من التفصيل راجع البدائع للكاساني، المرجع السابق/٩/٤٠٩٣ وما بعدها.

حقوق الله ثلاثة أنواع:

- ١- حق لا يقبل فيه الا شاهدان ذكران وهو ما لا يقصد منه المال (أي لا يتعلق بالقضايا المالية) ويطلع عليه الرجال غالباً كطلاق ونكاح وقتل عمد وحدود، باستثناء جريمة الزنا.
- ٢- حق يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وشاهد واحد ويمين وهو ما كان القصد منه المال فقط دون غيره.
- ٣- حق يثبت يشهادة النساء وهو ما لا يطلع عليه الا النساء غالباً كالولادة والحيض، والبكارة، والعيوب النسائية التناسلية.
- ٤- حق لا يثبت الا بأربعة شهداء وهو حق إثبات جريمة الزنى لتطبيق عقوبتها.

أدلة الإثبات:

قلنا إن أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي كثيرة، لأن الغرض منها اقتناع القاضي باستثناء جرائم الحدود والقصاص فهي لا تثبت الا بالبيينة القاطعة مما يؤدي الى تحقيق الظن الغالب للقاضي.

ولا مجال في هذه المرحلة الدراسية لاستعراض جميع هذه الأدلة ونكتفي باستعراض بعض منها وهي: (البيينة، والاقرار، والقرينة، والخبرة وعلم القاضي، والكتابة، واليمين).

أولاً: الشهادة:

وهي لغة: قول صادر عن علم حاصل من المشاهدة (المعاينة). وشرعاً: اخبار يفترض فيه الصدق لإثبات حق في مجلس القاضي.

حجية الشهادة: الشهادة حجة شرعية ثابتة بالقرآن والسنة والامجاع.

- ١- القرآن: قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ...﴾^(١). ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...﴾^(٢) ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا

(١) سورة الطلاق ٢/.

(٢) سورة البقرة ٢٨٢/.

تَبَايَعْتُمْ...^(١) ﴿

ب- السنة: قال النبي (ﷺ): (الاخبركم بغير الشهادة؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل ان يسألها^(٢)).
 ج- الاجماع: اجمع فقهاء المسلمين على ان الشهادة حجة ملزمة للقاضي اذا توفرت فيها شروط الصحة.

حكم الشهادة: هي راجية على الشاهد اذا طلب منه اداؤها لقوله تعالى: ﴿...وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ...﴾^(٣) ﴿

شروط الشهادة: اختلف الفقهاء في تحديد الشروط المطلوب توافرها في الشاهد واهمها:

أ- ان يكون بالغاً عاقلاً.

ب- وان يكون عادلاً (أي غير فاسق).

ج- وان يكون عالماً بالشهود به وقت الاداء.

نصاب الشهادة: يختلف نصاب الشهادة باختلاف الحق المدعي به كما يلي:

١- اربعة شهود في جريمة الزنا لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نُسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ...﴾^(٤) ﴿. ولان جريمة الزنا تمس سمعة العائلة فشدد الإسلام على ثبوتها.

٢- شاهدان في جرائم الحدود - باستثناء الزنا - وجرائم القصاص وفي القضايا الأخرى غير المالية كالزواج والطلاق والرجعة..^(٥)

٣- رجل وامرأتان في المعاملات المالية والقتل الموجب للدية. واعتبار المراتين رجلاً واحداً في الشهادة ليس تنقيصاً لمكانتها وانما لانها بحكم كثرة

^(١) نفس الآية

^(٢) رواه مسلم. سبل السلام / ١٦٦/٤.

^(٣) سورة البقرة / ٢٨٣.

^(٤) سورة النساء / ١٥.

^(٥) في المذهب (٢/ ٢٣٢) (وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلق عليه الرجال كالزواج والطلاق والرجعة والوكالة والوديعة وقتل العمد والحد سوى الزنا لا يشيت الا بشاهدين ذكرين لقوله صلى الله عليه وسلم (الانكاح الابولي وشاهدي عدل).

التزاماتها البيئية وغير البيئية معرضة للنسيان فاذا نسيت احدهما تذكرها الاخرى كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى...﴾^(١).

٤- شاهد وعين في القضايا المالية والحكم يثبت بالشاهد وحده واليمين تقوية وتوكيد^(٢).

٥- رجل واحد في المعاملات المالية اذا عرف القاضي صدقه. وامرأة واحدة في القضايا النسائية^(٣).

حكم الشهادة على الشاهد: تجوز الشهادة على الشهادة اذا توفرت الشروط الاتية:

- ١- بقاء اهلية الشاهد الاصلي الى لحظة انتهاء شهادة الشاهد الفرعي.
- ٢- ان تتمذر شهادة الاصل امام القضاء لمرض او تغييب او كبر.
- ٣- عدم انكار الاصل تحميل الشهادة للشاهد الفرعي.
- ٤- توفر شروط الشهادة في الشاهد الفرعي كالاصلي^(٤).

ثانياً: الاقرار:

الاقرار إعتراف المدعى عليه بكل او بعض المدعى به امام القضاء.. وهو حجة ملزمة بالقرآن والسنة والاجماع.

١- القرآن: قال تعالى: ﴿وَلْيَسْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَنُفِيقَ اللَّئِئِةَ رُئِئِةً وَلَا يَبْخُسْ مِنْهُ شَيْئاً...﴾^(٥).

(١) سورة البقرة / ٢٨٢

(٢) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص ٦.

(٣) الطرق الحكيمة، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٤) نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي للدكتور احمد فتحي يهني/ ص ١٢٧.

(٥) البقرة ٢٨٢

ب- السنة النبوية: قضى رسول الله (ﷺ) بعقوبة جريمة الزنا وتنفيذها بناء على اقرار الجاني اربع مرات امامه. كما في قضية (ماعز).

ج- اجمع فقهاء المسلمين على ان المرء مأخوذ باقراره اذا توفرت شروطه.

شروط الاقرار: يشترط لعمل القاضي بالاقرار توفر الشروط الآتية:-

١- ان يكون المقر بالغاً عاقلاً.

٢- ان يكون الاقرار خالياً من كل عيب من عيوب الارادة كالاكراه والسكر.

٣- ان يكون امام القضاء.

ثالثاً: القرينة:

حجية القرينة وردت في القرآن الكريم وعمل بها الخلفاء الراشدون وائمة الفقه.

القرآن الكريم: قال تعالى في قصة يوسف (عليه السلام): ﴿قَالَ هِيَ رَأَوْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَذِبِكُمْ إِنِ كُنْتُمْ عَاطِلِينَ﴾^(١).

وجه الاستدلال بالآية هو انه قد تم التوصل بقرينة قد القميص من دبر الى تمييز الصادق منها من الكاذب وهذا من باب الحكم بالقرائن وشواهد الحال.

وقد قضى عمر ابن الخطاب (رضي الله عنه) بعقوبة الزنا على امرأة حامل ولم يكن لها الزوج^(٢).

رابعاً: الخبرة:

الحبير هو من له الدراية الخاصة في مجال من المجالات وقال فقهاء المسلمين: للقاضي الاستعانة بالخبراء للاستهداء بأرائهم والحكم في ضوء ذلك. والدليل على حجية الخبرة:-

١- القرآن في قوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٣)

(١) سورة يوسف / ٢٦، ٢٧، ٢٨.

(٢) الطرق الحكمية للرجع السابق ص ٩.

(٣) سورة الانبياء / ٧.

ب- قول الرسول (ﷺ) لاحد اصحابه سألته عن اللقطة (اعرف عفاصها^(١))
روكاها^(٢) ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشالك بها^(٣)).

خامسا: الكتابة:

والدليل على حجية الكتابة قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُضِيَتْكُمْ بِدِينٍ
إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بِيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ^(٤)﴾.
وهذا يدل على انه اذا حصل الخلاف في اصل الدين او مقداره او اجله او غير ذلك
يعمل القاضي بما هو مثبت في كتاب كاتب العدل.

سادسا: اليمين:

والدليل على حجيته قول الرسول (ﷺ) (البينة على المدعي واليمين على من
انكر) والقاضي يعمل بيمين المدعي عليه في حالة النكول. والنكول ليس بينة على
المدعي عليه ولا اقرارا من المدعي بل هو حجة ضعيفة فلا يعتبر دليلاً لكن اذا حلف
المدعي عليه قوى جانبه. فالنكول من المدعي واليمين من المدعي عليه بمثابة
شاهدين^(٥).

سابعا: علم القاضي:

اختلف فقهاء المسلمين في ذلك على التفصيل الآتي:
قال الجمهور: ليس للقاضي ان يحكم بناء على علمه فقط بالقضية المعروضة امامه
لان الرسول (ﷺ) قال: (انما انا بشر وانكم تقتصمون الى ولعل بعضكم ان يكون احسن
بحجته من البعض فاقضى له على نحو ما سمع منه) .

(١) اي رعاها.

(٢) ما يربط به

(٣) سبل السلام / ٣ / ١٢٣.

(٤) سورة البقرة / ٢٨٢.

(٥) الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص ١٩٦.

فقالوا: هذا يدل على ان القاضي لا يحكم الاجماع يسمع لا بما يعلم عن طريق المشاهدة^(١).

وقال البعض ومنهم ابو يوسف (رحمه الله)، يجوز للقاضي ان يحكم بناء على علمه بدليل ان النبي (ﷺ) لما قالت له هند زوجة ابي سفيان (ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من الثفلة ما يكفيني وولدي، قال: خذي ما يكفيك ووليك بالمعروف).
فحكم لها من غير بيعة ولا اقرار من المدعى عليه وذلك بناء على علمه بصدقها.
والمعتمد هو ما ذهب اليه ابو حنيفة (رحمه الله) من ان ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه القاضي بعلمه لان حقوق الله مبنية على المساهلة والمساهة.

(١) انظر للفتي لابن قدامة، ٩/٥٤١.



الفصل الحادي عشر

شرح نماذج من القواعد الفقهية الكلية

القاعدة: لغة: أساس الشيء^(١).

واصطلاحاً: هي الحكم الكلي الذي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه. وعلى سبيل المثال: إن قاعدة (العقد الباطل لا يترتب عليه اثر) حكم كلي ينطبق على كل عقد معين من العقود الباطلة فيقال: هذا العقد لا يترتب عليه الاثار لأنه باطل. وتلك الاجارة لا تترتب عليها الاثار لأنها باطلة وهكذا.

ولفن القواعد أهمية كبيرة في تدريب الإنسان على التفكير في مدارك الأحكام وأصول الفروع. كما أنه ضروري بالنسبة للفقهاء لانتحصر مسائله. ولاتضبط فروعه الا بضوابط القواعد. وبصورة خاصة انه مفيد للقانونيين في تدريب عقولهم على كيفية استنباط الأحكام من نصوصها وفي إيجاد الحلول للقضايا التي لم يرد بها نص صريح عن طريق القواعد الكلية.

وقد اهتم كثير من الفقهاء المسلمين القدامى بدراسة القواعد لأهميتها في المجالين العلمي والتطبيقي. وقد قبض للفقهاء الإسلامي طائفة من اعلام العلماء المتأخرين فافردوا القواعد الكلية والعامة بالبحث والدراسة فالفوا فيها كتباً مستقلة. ومن ابرز هؤلاء: الحافظ ابو الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى (٧٩٥هـ) وقد ألف كتاب (القواعد) في الفقه الحنبلي. والزرکشي (بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي)

^(١) قال في الصحاح: قواعد البيت اساسه، الواحد قاعدة ٧٤/٢. وفي القاموس المحيط للفهرز ابيدي: قواعد الهدج خشبات أربع تفتح ركب فيهن ٧٤٠/١.

(٧٤٥-٧٩٤هـ): (المنشور في القواعد). والسيوطي (جلال الدين عبدالرحمن) المتوفي (٩١١هـ) الاشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية وهو يكاد يبحث في قواعد الفقه بطريقة مجردة عن التقييد بمذهبه والمحقق زين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نعيم المصري المتوفي (٩٧٠هـ) وقد ألف في القواعد كتاب الفوائد الزينية في فقه الحنفية.

القواعد وما يترتب عليها من الأحكام

١- القاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) ^(١):

اليقين: عرّفه علماء المنطق بأنه الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع ويسمى (علما) فإن لم يكن مطابقا للواقع يسمى (جهلا مركبا) وان لم يكن ثابتا يسمى تقليدا وان لم يكن جازما يسمى (ظنا) فالظن هو الطرف الرابع لتصور الإنسان وطرفه المرجوح يسمى (وهما).

والشك: هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ان يكون لدى المتصور دليل يرجح أحد الجانبين على الآخر.

والقاضي غم ملزم بأن لا يعمل الا باليقين بل يكفي لأن يحكم على المدعي عليه، أو يرد الدعوى إذا حصل لديه الظن الغالب بما يوجب حكمه ولكن لا يجوز له بأي حال من الاحوال أن يحكم بالشك.

وتترتب على هذه القاعدة أحكام منها:

أ- إذا فقد شخص بحيث لم يعرف مصيره من الحياة والماء يصبح وفاته مشكوكا فيه وكانت حياته قبل الفقد يقينية. واليقين الذي هو بقاؤه على قيد الحياة استصحابا لما قبل الفقد لا يزول بالشك الذي حصل في وفاته بعده.

وبناء على ذلك لا يجوز لورثته توزيع تركته ولانزوجته التزوج من زوج آخر الا بعد معرفة مصيره بالرجوع أو بشيوت وفاته بالبينة، فإن لم يعرف هذا المصير الى

^(١) السيوطي الاشياء والنظائر طبعة عيسى اليابسي ص ٥٩ ، ابن نعيم ، الاشياء والنظائر / دار الطباعة العامرة ٨٤/١ / مجلة الأحكام العدلية / المجلد ٤ (٤).

أن يمضي على اعلان فقد اربع سنوات، ان فقد في ظروف طبيعية أو يمضي على اعلان فقد ستان ان فقد في ظروف غير طبيعية واستثنائية كظروف الحرب والفيضان وانتشار الوباء والزلازل. .. فعندئذ لصاحب العلاقة والمصلحة ان يرفع الدعوى الى القاضي ويطلب الحكم بوفاته وللقاضي ان يحكم بذلك بعد الاستفسار عن مصبه من طرق وسائل الاعلام وبعد اليأس من معرفة حياته أو مماته. ويستحق تركته الورثة الموجودون والباثون حتى الحكم بالوفاة ان لم يكن الحكم مسنداً الى تاريخ سابق استناداً الى بيته على وفاته قبل الحكم. وكذلك الامر بالنسبة لزوجته فهي تعتد عدة الوفاة من تاريخ الحكم بالوفاة ان لم يكن مسنداً الى تاريخ سابق.

ب- اذا شك شخص في كونه مدينا لآخر بمبلغ فدفع له مبلغا بناء على هذا الشك فإنه يكون دفعا لغیر المستحق، والثراء بلاسبب فيجب على القابض رده ان لم يتمكن من اثبات المديونية بدليل معتبر لأن الاصل براءة الذمة وهذا الاصل ثابت باليقين فلا يزول بالشك الطاري.^(١)

٢- القاعدة (الاصل بقاء ماكان على ماكان): (٢)

اي اذا ثبت حكم بدليل شرعي فالأصل ان يبقى هذا الحكم على ما كان عليه سابقا الى ان يثبت خلاف ذلك لأن البقاء هو الاصل وأن العدم طاري. فيكون الاصل هو المعمول عليه للحكم بملتهاء ولا يؤخذ الاحتمال بنظر الاعتبار لذلك.

الاحكام للتعبة على هذه القاعدة:

ويرتفع عن هذه عدة احكام فرعية منها ماييلي:-

١- اذا ادعى المدين وفاة دينه وايصاله الى دائنه وانكر الدائن ذلك ولم يكن للمدعي دليل ثابت يعتمد عليه فيصدق الدائن باليمين ولا يطالب بالبيته لان

(١) علي حيدر در الاحكام شرح مجلة الاحكام ٢٠١/١

(٢) ابن قيم الاشباه والنظائر. المجلة، المدة (٥).

الدين ثبت تعلقه بزمة للدين سابقاً والاصل بقاء ما كان ثابتاً على ماكان عليه حتى يثبت خلاف ذلك بالبينه أو باعتراف المدعى عليه بصحة الدعوى.
ب- اذا ادعت امرأة متزوجة سابقاً أمام القضاء ان زوجها قد طلقها (او توفي) وانتقض عدتها فطالبت بتزويجها من اختارته شريكاً لحياتها، فلا يجوز للقاضي استجابة هذا الطلب بل عليه رد الدعوى بمقتضى قاعدة (الاصل بقاء ماكان على ما كان) ما لم تثبت الزوجه للمدعية ان زوجها قد طلقها وانتهت عدة الطلاق او انه توفي وانتهت عدة الوفاة فبعد هذا الثبوت يجوز للقاضي ان يوافق على تزويجها من زوج آخر^(١١).

٣- القاعدة (الاصل في الصفات العارضة العدم):^(١٢)

صفات الاشياء تنقسم الى نوعين:
النوع الاول: الصفات الاصلية: وهي التي تقارن بوصفاتها في الوجود ويتعبد آخر هي الحالات التي تعتبر موجودة عند وجود ذات الموصوف كسلامة المبيع من العيوب وكون العين المستأجرة منتفعابها خلال فترة الاجارة.
النوع الثاني: الصفات العارضة: وهي الصفات التي لا تكون مقترنة بوصفاتها في الوجود بل تطرأ بعد تحقق الموصوفات اي حسب الحالات التي تعرض على الشيء بعد وجوده كحصول الربح في رأس مال الشركة وحصول عيب في السيارة بعد استعمالها.

الاحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتختلف احكام هذين النوعين من الصفات كالآتي:

- ١- الاصل في الصفات الاصلية الوجود، وعلى مدعي خلاف ذلك البينه ويزتقب على هذا الاصل احكام منها: -

^(١١) الاستلا من القاضي / شرح المجلة / ١/ ٥٨.

^(١٢) ابن نعيم ، الاشياء والنظار ، ١/ ٩٢.

أ- إذا ادعى المشتري أن في المبيع عيباً قديماً وطلب فسخ البيع لحياز العيب وانكر البائع عيباً قديماً سابقاً على البيع أو القبض فعلى المشتري البينة لأن السلامة من العيب من الصفات الأصلية والأصل فيها الوجود والعيب من الصفات العارضة فالأصل فيها العدم

ب- إذا طلب المؤجر الاجرة وامتنع المستأجر عن ذلك بحجة أنه لم ينتفع بالمال للمستأجر لأنه كان غير صالح للاستفاد به خلال فترة الاجارة فعليه اثبات ذلك بالبينة لأنه يدهي خلاف الأصل الذي هو كون المال المستأجر منتفعاً به.

٢- الأصل في الصفات العارضة العدم فعلى من يدعي وجودها البينة وينبغي على هذا الأصل احكام منها:

أ- لو طلب البائع المشتري بالثمن فادعى المشتري أنه لم يقبض للمبيع بعد وادعى البائع أنه قد قبضه فالقول للمشتري وعلى البائع البينة لأن القبض صفة عارضتنا الأصل فيها العدم.

ب- لو اشترى شخص بقررة ثم طلب بفسخ العقد لكونها غير حلوب وهو يدهي أنه قد اشتراها بهذا الشرط وانكر البائع إقتران البيع به، يصدق البائع لأن الشرط المذكور صفة عارضة والأصل فيها العدم^(١).

٤ - القاعدة (الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته): (٢)

والمراد بالحادث هو الشيء الذي لم يكن موجوداً ثم وجد فإذا اختلف في زمان وقوعه وسببه فما لم تثبت نسبته الى الزمان القديم ينسب الى الزمان الاقرب منه، لأن وجوده في الزمن البعيد مشكوك فيه، ووجوده في اقرب الاوقات متيقن، لأن من يزعم حدوثه في الزمن البعيد لا ينكر وجوده في الزمن القريب.

^(١) وكذا يصدق الشريك أو المضارب إذا ادعى أنه لم يربح لأن الأصل عدم الربح لكونه صفة عارضة وكذا لو قال لم أربح الاكلاً لأن الأصل عدم الزيادة. ابن نعيم، الاشياء والنظار ٩٣/١.

^(٢) ابن نعيم، للمرجع السابق ٩٥ / ١.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويرتتب على هذه القاعدة أحكام منها:

أ - إذا ادعت زوجة المتوفي المطلق ان زوجها قد طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته ولذلك كان طلاق فار، وأنها لا تزال في العدة فهي تستحق الميراث وفق ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، ولكن ادعى ورثة الزوج ان الطلاق قد وقع في حالة صحة الزوج لا في مرض الموت وليس الطلاق طلاق فار فلا تستحق هي الارث: فالقول في هذه المسألة قول الزوجة، وعلى الورثة البينة لان الطلاق حادث وجد بعد ان لم يكن والحادث ينسب الى القرب اوقاته وهو وقت مرض الوفاة^(١).

ب- اذا ادعى من له خيار الشرط في البيع بأنه كان قد فسخ العقد خلال مدة الخيار، وادعى الآخر ان الفسخ قد جرى بعد انتهاء مدة الخيار فالقول قوله لان الفسخ حادث وهو يضاف الى القرب الاوقات فيعتبر انه قد تم بعد مضي مدة الخيار فعلى مدعي خلاف ذلك اثباته بالبينة^(٢).

ج- إذا ادعى الورثة ان تبرعات مورثهم كانت في مرض موته فهي خاضعة لاحكام الوصية، فلا تجوز الا في حدود ثلث التركة وادعى المتبرع له بأنها كانت وقت الصحة فلا تخضع لاحكام الوصية يصلق الورثة بناء على قاعدة اضافة الحوادث الى القرب اوقاته. وعلى المتبرع له اثبات مدعاه بالبينة فإن لم يستطع تعتبر التبرعات خاضعة لاحكام الوصية^(٣).

(١) علي حيدر، درر الأحكام ١/ ٢٥. منبر القاضي، المرجع السابق ١/ ٦٨.

(٢) ابن قيم، للمرجع السابق.

(٣) قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٥٤ / الهيئة العامة الاولى / ١٩٧٢ في ٣ / ٢ / ١٩٧٤ - النشرة القضائية ج ١ ص ٥ ص ١٤٦ - بأنه يعتبر المصاب بسرطان الكبد مريضاً مرض الموت اذا مات قبل مرور سنة على مرضه بعد ان زادت هلته سواء كان صاحب فراش ام لم يكن وإذا كان المريض قد نظم سنداً في فترة مرضه ولم يكن للسند تاريخ ثابت رسمياً فيعتبر منظمًا في فترة الموت باعتبار ان الحوادث يضاف الى القرب اوقاته ويكون القرار بدين لاحد الورثة في السند المذكور محتجاً من ثلث التركة فقط.

٥- القاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير)^(١):

الاضطرار هو أن يجبر الإنسان على عمل محظور بحيث يبيح له أن يرتكب العمل المحظور.

والاضطرار نوعان: داخلي (ذاتي) وخارجي:- فالاضطرار الداخلي كالجوع الذي يدفع الجائع إلى أكل مال الغير دون أذنه، والاضطرار الخارجي كالاكراه وهو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضا.

وقد قسم فقهاء الحنفية الاكراه إلى نوعين: ملجي، وغير ملجي، لأن الاكراه إذا كان بالتهديد بالقتل أو بتر أحد الاعضاء أو بالضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو، فهو اكراه ملجي، وتام واثرة أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

أما إذا كان التهديد بالحبس البسيط أو القيد أو الضرب الذي لا يفضي إلى التلف فهو اكراه ناقص (غير ملجي)، وهو يُعَدُّ الرضا، لكن لا يفسد به الاختيار لأن المكره يستطيع تحمل الأذى المهدد به.

ومنهم من زاد عليه نوعاً ثالثاً وهو الذي لا يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار كأن يهدد بمس آبيه أو ولده وما يجري مجراه من حبس كل ذي رحم محرم منه^(٢).

وإذا نشأ من جراء العمل الذي أباحتها الضرورة حق للغير، فإن هذا الحق لا يبطله الاضطرار بل لصاحبه أن يتمسك به، فلو أصاب إنسان مال الغير بناءً على الاضطرار الذي يبيح له التصرف في ماله، لا تكون الإصابة الناشئة عن هذا الاضطرار سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن، بل يجب عليه ضمان المال المتلف أيا كان نوع الاتفاق.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويرتقب على القاعدة المذكورة أحكام منها:

أ- لو جاع شخص وأصبح عرضةً للهلك، فله الحق في أن يأخذ من طعام الغير ما يسد به حاجته دون إذن صاحبه إلا أنه يجب عليه أن يضمن مثل المتلف إذا كان

^(١) مجلة الأحكام العدلية / المادة (٣٣).

^(٢) كشف الاسرار على أصول البزدي ١٥٠٣/٤ حكمة فتح القدير ٢٣٣/٩ وما بعدها.

مثلياً وقيمته اذا كان قيميا ولايتخلص من ذلك الضمان بدافع الاضطرار لان الاضطرار لا يبطل حق الغير.

ب- لو استأجر شخص سفينة لمدة ثلاثة أيام مثلاً لنقل البضائع عن طريق البحر من بلد الى آخر فإذا انقضت مدة الاجارة والسفينة لم تزل في البحر، فإن الاضرار يعتبر مستمراً بحكم الاضطرار الى أن تصل السفينة ساحل البحر. ولكن هذا الاضطرار لا يبطل حق صاحبها من الاجرة عن المدة الزائدة على مدة الاجارة بل له ان يستوفي عنها أجر المثل.

ج- اذا أكره شخص اءداً على إتلاف مال الغير فاتفقه المكره (بفتح الراء) فإن صاحب المال لا يبطل حقه بهذا الاكراه، بل له ان يضمن المكره (بكسر الراء) اذا كان الاكراه ملجئاً، والأ فيكون الضمان على المتلف المباشر.

ء- لو اضطر سائق الى تغيير الاتجاه لوجود طفل امامه في وسط الشارع واءي ذلك الى هدم سياج الدار الواقعة على الشارع فهدمه واتفق حديقته فإن هذا الاضطرار لا يعفيه من الضمان بل يجب عليه دفع التعريض للمتضرر^(١).

٦- القاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان):

ويبدو في باءي. الأمر أن هذه القاعدة تتعارض مع قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير، لأن عمل المضطر جائز، مع أنه يجب عليه الضمان، ولكن هذا التعارض يدفع بالجمع بين القاعدتين، وذلك لأن هناك نوعين من الجواز الشرعي: اءدهما هو الجواز المبني على سبب شرعي أصلي والثاني هو الجواز الشرعي الاستثنائي المبني على العذر والرخصة. فالجواز في حالة الاضطرار هو جواز استثنائي مبني على الرخصة لعذر الضرورة فهذا النوع من الجواز لا ينافي الضمان بل يجب الضمان كما في التطبيقات التي ارءناها للقاعدة السابقة الخاصة.

اما الجواز الذي ينافي الضمان فإنه مبني على حق ثابت.

الاحكام المتعبرة على هذه القاعدة:

^(١) نكلمة فتح القدير ٢٤٣/٩ ومابعءها.

يترتب على هذه القاعدة أحكام منها:-

أ- من حفر بئراً في ملكه الخاص بعيداً عن الطريق العام، فإذا وقع فيها شيء. فتلف فإنه لا يكون ضامناً، لأن عمله هذا نابع عن حقه الشرعي في التصرف في ماله واستعمال ملكه الخاص، وليس مبنياً على الاضرار، ولا عدواناً على حق الغير.

ب- للإنسان دفع كل صائل (هجوم وعدوان وقهر) عن نفسه ونفس الغير ومن عرضه وعرض الغير وعن ماله ومال الغير، لقوله تعالى: ﴿سَمَنَ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ ولقول الرسول (ﷺ): (انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً) ونصرة الظالم تكون بمنعه من الظلم وهذا الدفاع هو عمل مشروع بل قال بعض الفقهاء انه واجب وبصورة خاصة في الدفاع عن العرض^(١١). فإن لم يندفع الصائل (الهجوم والمعتدي) الا يقتله فقتله لم يضمنه بقصاص ولا دية ولا كفارة.

والدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية عمل مشروع بل ربما يكون واجباً وكل تلف نفسي أو مالي أو عضوي للمعتدي يترتب على هذا الدفاع لا يكون للدافع ضامناً ومسؤولاً مدنياً ولا جنائياً ما لم يتجاوز عن حدود دفاعه.

٧- القاعدة (الحدود تسقط بالشبهات)^(١٢):

هذه القاعدة مأخوذة من أقوال الرسول (ﷺ) منها قوله (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فلأن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)^(١٣).

^(١١) راجع شرح التحرير لشيخ الإسلام ذكرى مع حاشية الشرفاوي طبعة دار الكتب ٢٠٧/٢٠٧ وما بعدها.

^(١٢) ابن قيم الاشياء والظفار ١٦١/١.

^(١٣) نيل الاوطار شرح منقلى الاخبار من احاديث سيد الاخيار الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني

الأحكام للترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام كثيرة منها: -

أ- جريمة الزنا، إذا لم تثبت بأربعة شهود، أو بإقرار الزاني أمام القضاء. أربع مرات، وهو بالغ عاقل مختار، تسقط العقوبة المحددة لهذه الجريمة، فيحكم القاضي بالبراءة إذا لم يقتنع عن دليل آخر بشبوت الجريمة، والآفة في هذه الحالة أن يحكم بالعقوبة التمهيزية كالحبس.

ب- إذا حصلت السرقة بين الزوجين، فأقام الموقوف منه الدعوى على السارق، فليس للقاضي أن يحكم بعقوبة القطع وفق قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾، حتى ولو ثبتت الجريمة وتوفرت أركانها وشروطها، وذلك لوجود شبهة الحلال، لأن الزوجين هما شركاء في الحياة شركة المودة والمحبة والمساهمة في حالتي السراء والضراء، وكذلك الحكم في السرقات بين الأصول والفروع وبين الشركاء..

ج- من تزوج امرأة فاسداً فاسداً مختلفاً فيه (أي في فساد)، كمنزواج المتعة وزواج الشغار وزواج الخامسة في عدة الرابعة المطلقة طلاقاً باتناً، لم دخل بها الزوج، سواء كان عالماً بالفساد أم لا، عند جمهور الفقهاء يسقط الحد ويشبث النسب، ويجب على الزوج مهر المثل وعلى الزوجة العدة، ويحكم القاضي بالتفريق بينهما.

أما إذا كان الزوج فاسداً فاسداً متفقاً عليه، كالجمع بين الاختين، فعندئذ إن كان الدخول حصل مع الجهل بالفساد، يسقط الحد أيضاً وترتب الآثار المذكورة.
أما إذا كان مع العلم بالفساد، فالدخول يعتبر جريمة الزنا عند الجمهور^(١) ولا قيام للشبهة ولا ترتب الآثار المذكورة على الدخول.

^(١) أي خلافاً لابن حنيفة حيث يعتبر الشبهة موجودة في هذه الحالة أيضاً لوجود العقد صراحة.

٨- القاعدة (المشقة تجلب التيسير):

وتمني هذه القاعدة أن الصعوبة التي تصادف الإنسان في أي شيء تكون سبباً باعثاً على تسهيل وتهوين ذلك الشيء.. وبناء على ذلك يكون العسر أو المشقة سبباً للتسهيل في تشريع الأحكام، استثناءً من القواعد العامة، وهذا الاستثناء يطلق عليه لدى الأصوليين اصطلاح (استحسان) وهو مصدر من مصادر الأحكام الفقهية الشرعية، كما يطلق على المستثنى مصطلح (رخصة).

وهذا التسهيل والتخفيف من الصعوبة إلى السهولة لرفع المشقة قرره القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾^(١١). وقوله تعالى: ﴿مِمَّا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...﴾^(١٢). وبذلك يعتبر العسر سبباً من أسباب تخفيف الأحكام التي يكلف بها الإنسان وقد أرجع الفقهاء اعذار التخفيف إلى سبعة وهي: العسر والاكراه والمريض والسفر، والنسيان، والجهل والسفاهة، المادي أو المعنوي في الإنسان المكلف وهذه الأمور السبعة مرجعها قاعدة (المشقة تجلب التيسير) فالمشرع إذا لم يلاحظ عند التشريع هذه الأعذار السبعة فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى تكليف المكلفين بما ليس في استطاعتهم.

وإن هذا النهج التعجيزي في الأحكام يرفضه الإسلام رفضاً باتاً، لأن من مبادئه دوماً إبعاد العسر والمشقة في أحكامه.

وكذلك المجتهد إذا لم يأخذ بنظر الاعتبار الأمور المذكورة من وسائل التخفيف في اجتهاده عند استنباطه للأحكام من أدلتها التفصيلية، فإن اجتهاده هذا قد يسوقه إلى استنباط أحكام تأبأها أسس التشريع الإسلامي، لأن ما يوصله إليه اجتهاده قد يكون تكليفاً شاقاً.

ومن المدير بالاشارة إن قاعدة (المشقة تجلب التيسير) تتفق في مضمونها ومغزاها مع قاعدة (إذا ضاق الأمر اتسع)^(١٣).

(١١) سورة البقرة/١٨٥.

(١٢) سورة المائدة/٦٨.

(١٣) المجلة، المادة (١٨) وقد وردت هذه القاعدة بتعبير (الأمر إن ضاق اتسع).

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويرتفع عن القاعدة المذكورة أحكام منها:

أ- جواز عقد الإيجار مع أنه مخالف للقواعد العامة، لأن محل العقد هو المنافع وهي معدومة حين العقد، ومن المقرر في القواعد العامة أن بيع المعلوم باطل. غير أن الاجابة جوزت بالنص رعاية لمبدأ (المشقة تجلب التيسر).

ب- من اشترى شيئاً ولم يره، كان له الخيار الى أن يراه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار (خيار الرؤية). وسر سقوط خيار الرؤية برؤية نموذج المبيع، يعود الى أنه لو بقي الخيار الى أن يرى المشتري كل المبيع، لتوقف كثير من معاملات البيع، لاسيما في الكميات الكبيرة، وفي الحالات التي يكون فيها المال المبيع في بلد غير بلد المشتري، وأدى ذلك الى عدم استقرار المعاملات وبالتالي الى المرح والعسر والمشقة.

ج- جواز بيع الوفاء وهو بيع بشرط أن البائع متى رد الثمن، يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع المجاز بالنظر الى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد، بالنظر إلى كون كل من الطرفين قادراً على فسخه، وفي حكم الرهن بالنظر الى أن المشتري لا يقدر على بيعه للغير^(١١). وقد أقر المتأخرون من فقهاء الحنفية جواز هذا البيع بناء على رعاية للمشقة التي نشأت عن استئانة الناس من ذوي الشدة وعدم موافقتهم على تسليفهم بالمبلغ المطلوب دون أن يحصلوا على الفائدة وبالنظر الى تحريم الربا وطلان العقد الربوي لجأ هؤلاء الفقهاء الى الافتاء بجواز بيع الوفاء رعاية للقاعدة المذكورة.

د- تشريع الطلاق: قال الرسول (ﷺ) (أبغض الحلال الى الله الطلاق^(١٢)).

لقد أقر الإسلام مشروعية الطلاق، على الرغم من أنه أبغض الحلال، وذلك رعاية لمبدأ (المشقة تجلب التيسر)، والطلاق شرّاً لا بد منه لأسباب متعددة منها: عدم الانسجام والتباين والتنافر في طباع وغبات الزوجين، أو تدخل الأقارب في شؤونهما،

(١١) السجدة، المادة (١٨).

(١٢) رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم وأقره الذهبي وقال انه على شرط مسلم، سبل السلام

أو حدوث الشجار والشقاق المستمر بينهما، أو سوء الحالة الاقتصادية التي هي غالباً تلف في مصاف الأسباب الرئيسة التي تؤدي إلى تقويض الحياة الزوجية أو الخيانة الزوجية. أو فارق السن، أو الاختلاف في المستوى الثقافي والمركز الاجتماعي أو ضعف الوازع الديني أو العلم، أو المرض الذي لا يُستطاع معه القيام بالواجبات الزوجية أو جهل الزوجين وعدم فهمهما للحياة الزوجية وعدم إعطائهما هذه الحياة ما تستحقه من قدسية وكرامة أو غير ذلك من منات أسباب انهيار الكيان الزوجي، ولذلك أبيع الطلاق ليحول دون استمرار المعاناة والمشقة التي تلاقى الزوجين أو أحدهما رفعا للعسر ودفعاً للعسر المنشود والمنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ...﴾^(١) فلو لم يكن الطلاق حكماً مباحاً لزم بقاء الزوجين على ما يُكنه كلّ منهما تجاه الآخر من بغض وكرهية، ولاكملت الضغينة للزوجين، وسمي كلّ منهما وراء ألف حيلة وحيلة للخلاص من الآخر.

٩- القاعدة (من استعجل للشئين قبل أوانه عوقب بهرمانه)^(٢)

هذه القاعدة وردت بتعابير أخرى منها (من استعجل ما أخره الشرع يحازي برده) ومنها (من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب).

الأحكام المتعلقة على هذه القاعدة:

يرتفع عن هذه القاعدة أحكام فقهية فرعية منها:

- ١- إذا قُتل شخص مُؤزّه، سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهداً زوراً، أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذ عقوبة القاتل بالعقوبة المقررة للجريمة القتل أصالة، وبالمؤمن من مباحث مقتوله كعقوبة تبعية، لأنه يُتهم في هذه الحالة بأن القصد الذي يكنه من وراء إقدامه على هذه الجريمة هو الحصول على تركة القاتل، وهذا الحرمان ثابت بنص قوله الرسول (ﷺ) (لا يرث القاتل).

^(١) سورة البقرة/١٨٥.

^(٢) السيوطي الأشباه والنظائر ص ١٦٩، ابن قيم، المصدر السابق ١٩٠/١ المجلة السادسة (٩٩) وهذه القاعدة لدى السيوطي حكماً (من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بهرمانه).

ولكن أساس هذا النص والحكمة من حكمه وفلسفة تشريعية القاعدة المذكورة هي حماية أرواح الأبرياء وعدم إعطاء المجال للمجرم يستفيد من جرمته.

ب- من أوصى לאחר بمال فإن المال الموصى به تنتقل ملكيته الى الموصى له بعد وفاة الموصي. فإذا قتل الموصى له الموصي عوقب بعقوبة تبعية وهي حرمانه من الوصية، بالإضافة الى عقوبته الأصلية. وذلك لأن القتل يفرض بأنه استعجل في الحصول على الموصى به لذا عوقب بحرمانه منه.

ج- من طلق زوجته في مرض موته بلا رضاها وبدون تقصير منها يفسر الطلاق بأنه أراد به الزوج حرمان الزوجة من التركة ولذلك سمي (طلاق فار) وقال فقهاء الشريعة بالاجماع، إن الطلاق يقع، ولكنها ترث مع الاختلاف في سقوط هذا الحق بالنسبة للمدة التي تقع بين الطلاق وبين الوفاة.

قال الخنيفة^(١)، ترث اذا توفي الزوج وهي لاتزال في العدة.

وقال الحنابلة^(٢)، ترث ما لم تتزوج فاذا تزوجت سقط حقها.

وقال الجعفرية^(٣)، ترث ما لم تتزوج وما لم تمض سنة على الطلاق. والاسنط حلقها.

وقال المالكية^(٤)، والاباضية^(٥)، ترث مطلقا لبقاء السبب وعدم سقوطه بالتقدم.

وللشافعية^(٦) آراء مختلفة، كل رأي يتفق مع مذهب من هذه المذاهب.

١٠- القاعدة (الاجتهاد لا ينقض بمثله)^(٧):

وتعني هذه القاعدة أن الاجتهاد السابق لا تنقض أحكامه الماضية بالاجتهاد اللاحق، سواء أكان ذلك من قبل المجتهد نفسه، أم من قبل مجتهد آخر. فإذا اجتهد المجتهد في مسألة، فحكم فيها حسب ما أوصله إليه اجتهاده الصحيح، فإن حكمه

(١) المبسوط للرخسي ١٥٤/٦.

(٢) المغني لأبن قدامة ٣٣٠/٦.

(٣) الكافي للكليني ١٣٢/٦.

(٤) المنتقى شرح موطأ ٨٥/٤.

(٥) شرح النيل وفضاء العليل ١٣٦/٨.

(٦) المهذب لأبي اسحاق ٥٢/٢.

(٧) السيوطي المرجع السابق ص ١١٣.

هذا لا يجوز إبطاله. وذلك لأن الاجتهاد الثاني مثل الأول في القوة والحجية. ولأن جواز إبطال الاجتهاد باجتهاد آخر يؤدي إلى تضعيف الأحكام واضطراب للعاملات، وعدم استقرار الحقوق، وإلى إلحاق المشقة والاضرار بالأفراد المجتمع وإلى جانب ذلك فإن الإجماع قد انعقد على مضمون هذه القاعدة. حيث لم يصادف في عصر الصحابة أن ينقض صحابي اجتهاد صحابي آخر. فقد حكم أبو بكر في مسائل كثيرة باجتهاده وخالفه فيها عمر باجتهاده غير أنه لم ينقض حكمه وكذلك الأمر بين بقية فقهاء الصحابة، كما أن واحدا منهم لم ينقض حكمه باجتهاد لاحق.

وقد وافق جميعهم على هذا النهج الفقهي في عدم نقض حكم باجتهاد آخر. ويلاحظ أن هذه القاعدة تتعلق بما يصدره القاضي من الأحكام المبنية على اجتهاده إذا كان مجتهدا أو على اجتهاد أئسته إذا كان مقلدا.

الأحكام للترتبة على هذه القاعدة:

ويرتّب عليها أحكام كثيرة منها:

أ- لا يجوز إلغاء الأحكام الباتة التي يصدرها المحاكم من حاكم آخر، كما أنه ليس للمحاكم الواحد أن يتراجع في مسألة واحدة عن حكمه السابق فيها، إلا إذا تبين خطؤه بدليل ثبت.

ب- يجوز للمحاكم كما يجوز للمجتهد أن يحكم في مسألة ثانية مخالفا لحكمه الأول في المسألة الأولى.

ج- ينقض الحكم المبني على اجتهاده إذا خالف نصاً صريحاً ثابتاً أو إجماعاً لروقيلاً جلياً، لأن كلا من هذه الأدلة أقوى من الاجتهاد، وكذلك ينقض حكمه إذا تبين خطؤه كأن حكم ببيّنة مزورة ثم تبين ذلك.

١١- القاعدة (الخراج بالضمان):

الخراج: هو الذي يخرج من ملك الإنسان، أي ما ينتج من التناج وما يفيل من الغلات، كلبن الحيوان ونتاجه، وبندل إيجار العقار، وغلة الأرض وما إليها من منافع المنقولات والعقارات.

والضمان: هو التزام الشخص بالشيء عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله، وبنسبة على ذلك الضمان هو انشغال الذمة بواجب الوفاء به إذا توافرت شروطه. وقد يطلق على ما يجب أدائه من مال تعويضاً عن مال فقده فكل من يضمن شيئاً على تقدير تلفه له أن ينتفع به في مقابلة ضمانه عند الهلاك والتلف فانتفاع المرء من الشيء بمقابلة ضمان ذلك الشيء. فكما أن ضمانه عليه يكون نفعه راجعاً إليه.

الأحكام للتعاقب على هذه القاعدة:

ويرتتب على هذه القاعدة أحكام فقهية فرعية منها:

أ- إذا ردَّ المشتري المبيع بخيار العيب وكان قد استعمله مدة، لا تلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله، أي أن خسارته كانت عليه ولم يضر البائع شيئاً من جراء هذا التلف^(١).

ب- إذا باع مالا بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف، يكون للمشتري خياراً، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، فإذا اختار الفسخ ورد للمبيع للبائع واسترد الثمن، فليس للبائع حق مطالبة للمشتري برده خراج المبيع، أي منافع ونتائجه خلال الفترة الممتدة بين قبض المبيع وبين رده، لأنه لو هلك لهلك على المشتري بصفته ضامناً له فيكون له خراج للمبيع مقابل هذا الضمان.

١٢- القاعدة (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه):

أي أن ما ورد جوازه بالنص على خلاف القياس (أي على خلاف القواعد العامة) فإنه يبقى مقصوراً على موردته ولا يعمز أن يطبق حكمه على شيء آخر يشبهه ما لم يرد نص بتجوز ذلك الحكم فيه.

^(١) ابن قيم المرجع السابق ١٨٢/١، المجلة للمادة (٨٥).

الأحكام للترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية للقضية كقضية منها:

أ- لا يجوز بيع ثمار الأشجار قبل ظهورها قياساً على الاستصناع، لأن الاستصناع

ثبت على خلاف القياس بنص خاص به، فلا يقاس عليه غيره.

ب- الشفعة ثبتت على خلاف القياس، لأنها تتضمن استملاك شخص ملكه غيره

جياً، وهو خلاف الأصل في الشرع، ومبدأ التراضي الثابت بقوله تعالى: ﴿...لَا

تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾^(١).

ومادام الأمر كذلك، لا يقاس على الشفعة صورة أخرى من صور التملك بدون

التراضي، كما لا يجوز الاعتياض عن الشفعة، لأنها حق مجرد والحقوق المجردة لا يقاس

عليها^(٢).

١٣- القاعدة (لا ضرر ولا ضرار)^(٣):

هذه القاعدة ثبتت على لسان رسول الله (ﷺ) ومنطوقها: أنه لا يجوز لأحد أن

يضر غيره في ماله أو بدنه أو سمعته. لأن ذلك ظلم والظلم قبيح عقلاً وشرعاً.

جائز شرعاً وقانوناً وغير سليم منطقياً ومفروض عرفاً، هذا هو مضمون ومنطوق (لا

ضرر)، وأما المراد بـ(لا ضرار) فهو أنه لا يجوز لمن أضره أحد أن يوقع ضرراً على هذا

الضرار مقابلة لضرره، بل عليه أن يراجع القضاء ويثبت الضرر والطرف الذي أحدثه

ويطلب تعويضه العادل، بحيث يبرأ النقص الذي حدث بالضرر، فعندئذ يعود التوازن

الاقتصادي إلى ما كان عليه، قبل إحداث الضرر، وإذا سمح لكل من يلحق به الضرر

من جراء تصرفات الغير غير المشروعة، أن يقابل ضرره بالحق الضرر به مقابلة بالمثل،

لأدى ذلك إلى الفوضى واختلال النظام، وهذا أيضاً مفروض شرعاً وقانوناً وعقلاً

وعرفاً.

(١) سورة النساء: ٢٩/

(٢) منقح القاضي شرح المجلة ١/٢٤ مطبعة العائني، ١٩٤٩.

(٣) رواه أحمد ابن حنبل في مسند السلام ٣/١١٠ وأصبح هذا الحديث الشريف المادة (١٩) من المجلة.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية منها:

- أ- إذا أُلِف أحد مال غيره فليس لصاحب المال المتلف أن يتلف مالا لمُحدث التلف، بل عليه أن يُراجع القضاء لتلافي ضرره بمطالبته القضائية والنظامية.
- ب- إذا كان لأحد حق من حقوق الارتفاق على عقاره، فليس لصاحب العقار أن يمنعه من ممارسة هذا الحق، كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل وحق الشرب.... لأن في ذلك إلحاق الضرر والضرر دون مبرر مرفوض شرعاً وقانوناً.

١٤- القاعدة (ما حَرَّمَ اخْذُهُ حَرَّمَ إعْطَاؤُهُ^(١)):

أي إذا كان أخذ شيء حراماً ممنوعاً على الناس، فإعطاؤه حرام ممنوع أيضاً، أي أن الحرمة على كل من الآخذ والمعطى فهو ممنوع عليهما فيترتب على التصرف الممنوع الضمان بالنسبة لكل منهما من الناحية المسؤولية المدنية ويعاقب كل منهما لمساهمة في الجريمة.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية منها:-

- أ- إذا أعطى أحد لآخر رشوة، فإن العقاب يترتب على الآخذ والمعطى ورسالة كلاهما مسؤولية جنائية على حد سواء.
- ب- من زوّر عملة وأعطاه لآخر لتصرفها في السوق والآخذ يعرف حقيقة التزوير فإن كلا منهما يستحق العقاب

١٥- القاعدة (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة^(٢)):

منطوق القاعدة: أن ما كان حسب العادة من الأمور الممتنع وقوعها، فإنه يعتبر بحكم الممتنع في نفس الأمر.

(١) المجلة المادة (٢٤).

(٢) المجلة المادة (٢٨).

والواقع بحكم المستحيل وتكون العادة هي المعول عليها في الحكم ولا ينظر فيه الى الإمكان الفعلي.

الأحكام للترتبة على هذه القاعدة:

وتتفرع عن هذه القاعدة عدة أحكام فرعية منها:

أ- لو ادعى شخص معروف بالفقر أنه قد أرضى فلاناً مبلغاً كبيراً كذا من النقود دفعة واحدة فعلى القاضي أن يرد دعواه، لإمتناع المدعى به عادة وكذلك ترد دعواه، إن قال أن فلاناً قد غصب من أملاكه كذا، أو من أغنامه كذا، لأن المغصوب منه معدوم ولا يملك شيئاً.

ب- إذا أتهم شخص بارتكاب جريمة في مكان وزمان معينين، كأن أتهم بأنه ارتكب جريمة كذا في محافظة بغداد مثلاً يوم ٢٥/٥/١٩٨٧، وكان المتهم في نفس اليوم خارج العراق، أو كان في محافظة أخرى، فإن إدانته بارتكاب هذه الجريمة بمنعته عادة، وإن كانت ممكنة عقلاً، والمنع عادة يُعتبر بمثابة المنع عقلاً، فعلى القاضي أن يحكم ببراءته من هذه التهمة.

١٦ - القاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان):

مضمون هذه القاعدة هو أن الأحكام الجزئية في الواقع إذا كانت مبنية على العرف، أي تتعلق بتنظيم العلاقات الإنسانية من الناحية المالية أو الإدارية أو الثقافية أو الصحية أو الاقتصادية أو العسكرية أو نحو ذلك، فإن هذه الأحكام تتبدل بتبدل الأعراف ومتطلبات الحياة.

أمّا الأحكام التي تدل عليها النصوص دلالة قطعية، كما في قوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ مِثْلِ الْإُنثَىٰ...﴾^(١)، أو الأحكام الاعتقادية كالإيمان بالله وما يتفرع عنه، أو الأحكام المتعلقة بالعبادات كوجوب الصلاة والصيام والزكاة والحج. أو الأحكام الأخلاقية كالصدق والأمانة والإخلاص.

فإن هذه الأحكام لا تقبل التغير بتغير الأزمان، فهي ثابتة غير خاضعة لتطورات الحياة، لأنها تم إقرارها بصورة قطعية من الحكيم العليم بالماضي والحاضر والمستقبل.

الأحكام للترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام منها:

أ- أن بعض الفقهاء كالإمام الشافعي (رحمه الله) اشترط في شاهدي الزواج أن يكونا عدلين، أي لم يصدر عنهما ذنب من الكبائر^(١) ولم يصرا على الصفات، وهذا الحكم أن كان ملاكاً لعصر الشافعي، عصر البر والتقوى، فإنه لا يمكن أن ينسجم مع زمن، يعتبر وجود العادل فيه من النادر، ولذلك أفتى المتأخرون من فقهاء بصحة الزواج وإن كان الشاهدان فاسقين.

ب- من الأحكام التي حكم بها فقهاء التابعين لاقتضاء المصلحة العامة تسمحير المواد من الطعام وغيره، بعد أن منع ذلك في عهد الرسالة، ففي المدينة المنورة غلا سعر المواد الغذائية، فقال الناس: يا رسول الله، غلا السعر في المدينة، فسمر لنا (أي احكم بتسمير المواد الغذائية الضرورية)، فقال رسول الله (ﷺ): (إن الله هو المسمر القابض الباسط الرزاق، إنني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني مظلمة في دم ولا مال^(٢)).

ومنطوق هذا النص من الحديث الشريف يدل على امتناع الرسول (ﷺ) عن تحديد الأسعار، وحتى اعتبر هذا التحديد مظلمة، والسر في ذلك أن ارتفاع الأسعار حينئذ لم يكن لجشع التجار والباعة، وإنما كان ذلك لقلة الانتاج، فكان هذا الارتفاع مبنياً على أساس العرض والطلب، فكان الطلب أكثر من العرض.

هذا ما كان في عهد الرسالة، ولما جاء عهد التابعين تبدلت النفوس ومال الناس إلى الجشع والاستغلال وطفعت الماديات على المعنويات، فأخذ الناس يبيعون المواد الضرورية والحاجات الأساسية للمستهلكين بأسعار أكثر من قيمتها الحقيقية، ولذلك رأى فقهاء التابعين ومنهم سعيد بن مسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد

^(١) الذنوب أما كبائر كالزنا والقتل والغيبة وخيانة الامة والكذب، وأما من الصفات كالنظر إلى غير المحارم من الذكور والاناث وكشف العورة وهو ذلك.

^(٢) ينظر نيل الاوطار ٢٢/٥ سبل السلام ٢٥/٣.

الانصاري وغيرهم، وجوب تسميع المवाद، لأن تلك الظاهرة كانت ظلماً في حق المستهلكين، والظلم يجب رفعه كلما ظهر في أي عصر كان، ومن هنا تغير الحكم السابق في عهد الرسالة وهو عدم التسعير إلى الحكم اللاحق في عهد التابعين نتيجة تغير الظروف والنفوس^(١).

١٧- القاعدة (لامساخ للاجتهاد في مورد النص):

مضمون هذه القاعدة هو أنه لا يجوز للمجتهد ولا للقاضي ولا للمفتي أو للشرع أن يجتهد في قضية شرعية ورد النص بحكمها، لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه. هذا ظاهر ما يفهم من القاعدة، لكن يجب أن لا يؤخذ بهذا الإطلاق في فهم وتطبيق هذه القاعدة، وذلك لأن النصوص من حيث دلالتها على الأحكام قسمان:

أ- نصوص دلالاتها على الأحكام قطعية: مثل قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ...﴾^(٢). ومثل قول الرسول (ﷺ) (والغنم إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة، شاةً. وإذا زادت على عشرين ومائة إلى مائتين، ففيها شاتان). فالنص الأول يدل على عقوبة جريمة الزنا مائة جلدة، دلالة قطعية فلا مجال للاجتهاد لتخفيف أو تشديد هذه العقوبة، كما أن النص الثاني يدل دلالة قطعية على أن كل من يملك العدد المذكور من الأغنام وحال عليه الحول، يجب أن يدفع للمستحقين شاة في العدد الأول وشاتين في العدد الثاني، كزكاة واجبة عليه. فإن هذا النص الذي دلالاته قطعية، لا يوجد فيه مجال للاجتهاد.

ب- نصوص دلالاتها على الأحكام هنية: وإذا كانت دلالة النص على الحكم دلالة هنية بأن يحتمل أكثر من معنى واحد أو يدل على أكثر من حكم واحد، فعندئذ يجب الاجتهاد للوصول إلى المعنى المقصود من النص. وعلى سبيل المثال

(١) ينظر مؤلفنا فلسفة الشريعة، ص ١٧٧ وما بعدها.

(٢) سورة النور ٣/

قال القرآن الكريم ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّنْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَ قُرُوءٍ...﴾^(١)، والقرء لفظ مشترك بين الطهر والحيض، فلا يمكن أن يراد به المعنيان معاً لأنهما متضادان، فيجب المصحح إما إلى الأخذ بالطهر، كما قال بعض الفقهاء، أو إلى الأخذ بالحيض كما هو مذهب الفقهاء الآخرين، وكلّ وصل إلى المعنى الذي أخذ به واقتنع أنه المقصود من النص عن طريق الاجتهاد.

وبعد هذا الايضاح يكون معنى القاعدة هكذا: لا يبرز الاجتهاد للوصول إلى حكم مسألة مادام هناك نص يدل على حكمها دلالة قطعية، أمّا إذا كانت دلالة النص ظنية فيجوز الاجتهاد بل يجب لتحديد المعنى المقصود والحكم المراد منه.

١٨- القاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^(٢):

مضمونها: أي الأمور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم في المعاملات، تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها، فإذا جرى عقد على شيء مثلاً وكانت هنالك التزامات بالنسبة لطرفي العقد يفرضها العرف، فيجب تنفيذها، لأنها مدام العرف يقرها فتعتبر كأنها مشروطة صراحة في العقد.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ترتب على هذه القاعدة أحكام، منها:

أ- إذا استعمل أحد مال غيره المعد للاستغلال، فعليه أجر المثل، لأن المصروف أن المعد للاستغلال لا يستعمل إلا بأجرة^(٣).

ب- إذا باع شخص كمية من الحبوب لآخر في غير بلده، فإن كان العرف يقضي بأن أجرة النقل على المشتري ولم يتفق المتعاقدان حين انشاء العقد على ذلك، فيجب العمل بما يحدده العرف، لأنه بمثابة الشرط، فكما أن الشرط المقتن بال عقد يجب

(١) سورة البقرة ٢٢٨/

(٢) المجلد (٤٣).

(٣) صير الفقهاء المرجع: السابق ١٠٦/١.

الوفاء به اذا لم يتعارض مع مقتضى العقد فكذلك يجب العمل بمقتضى العرف والوفاء بالالتزام الذي يفرضه علي أحد الطرفين من المتعاقدين.

١٩- القاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع^(١)):

مضمون هذه القاعدة هو انه اذا تعارض امران احدهما سبب يقتضى اعتبار عمل والثاني مانع يقتضى عدم اعتباره، فيرجع المانع على المقتضي، لأن السبب لا يترتب عليه الأحكام ما لم تتوفر شروطه وتنتفى موانعه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة أحكام فرعية منها:

أ- اذا باع للمدين الراهن المال المرهون المحبوس لدى الدائن المرتهن، لا ينفذ العقد بل يكون موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن لتعلق حقه به، ولو اعتبر نافذاً لزال الحبس الذي هو من أحكام الرهن، فملكية المدين للمرهون سبب مقتض لجواز ونفاذ التصرف فيه، وتعلق حق الدائن به مانع من نفاذه في الفقه الإسلامي، فيقدم المانع على المقتضي.

و من الجدير بالإشارة أن الرهن مانع في الفقه الإسلامي، ولكن في القانون وفي الفقه الغربي لا يعتبر مانعاً من نفاذ التصرف.

ب- بعد الوفاة تنتقل تركة المتوفى الى ورثته عند أكثر الفقهاء، في حالة كونها مدينة ولكن الدين مانع من نفاذ تصرفهم في هذه التركة فقبل تسديد الدين من قبل الورثة، أو من قبل غيرهم، أو قبل إذن الدائنين، أو تنازلهم عن الدين، كل تصرف للورثة في التركة يتعقد، لكنه موقوف على إجازة الدائنين أو تسديد الدين منها، وملكية التركة للورثة السبب المقتضي لنفاذ تصرفهم، ولكن الدين المتعلق بالتركة مانع من نفاذه فيقدم المانع على المقتضي فإذا رفض الدائنون التصرف بطل.

(١) المجلة للمادة (٤٦)

٢٠- القاعدة (التبرع لا يتم الا بالقبض)^(١):

مضمون القاعدة: أن كل عطاء دون مقابل لا يتم نقل ملكية المتبرع به من المتبرع الى المتبرع له، الا بعد قبضه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

و تترتب على القاعدة أحكام منها:

أ- اذا وهب شخص لآخر مالا منقولاً، فإن الموهوب لا يصبح ملكاً للموهوب له ملكية تامة الا بعد قبضه.

ب- لو أعار شخص مالا لآخر لا يصبح المستعير مالكا لمنفعة المال المعار الا بعد قبضه.

ج- لو أقرض شخص مبلغا لآخر لا يحق للمقرض التصرف فيه الا بعد قبضه

د- لو رهن شخص مالا منقولاً رهناً حيازياً لا يحق للدائن المرتهن بيعه لاستيفاء دينه من ثمنه بعد حلول أجله والامتناع عن الوفاء الا بعد قبضه.

رَبِّ زَهْدَنِي عِلْماً وَالْحَقَنِي بِالْمَعَالِئِ